

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO**

**SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS
FUNDAMENTAIS**

Mestrando: OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO

Orientadora: PROFESSORA DOUTORA ELIANE ROMEIRO COSTA

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Goiânia – Goiás

Dezembro – 2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E
DESENVOLVIMENTO**

**SEGURANÇA JURÍDICA E A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS
FUNDAMENTAIS**

Mestrando: OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO

**Goiânia – Goiás
Dezembro – 2009**

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem como foco a segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais. Sustenta-se que todos os direitos sociais fundamentais geram posições jurídicas favoráveis aos indivíduos aos quais possibilitam a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer interposição legislativa o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. Os direitos sociais fundamentais, uma vez que tenham obtido determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, garantia institucional e direito subjetivo. Em razão disso, aponta-se que a proibição de retrocesso social pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos sociais fundamentais na sua dimensão prestacional que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por finalidade a sua eliminação ou redução. Aos direitos sociais não são negados a natureza de direitos fundamentais com força jurídica e plena eficácia, isto é, plena potencialidade de realização; não existindo, pois, uma primazia dos direitos individuais sobre os direitos sociais. A proteção e a eficácia dos direitos sociais fundamentais apenas serão possíveis quando estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica, pois esta pressupõe a garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica. Para além da consagração dos direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade, assiste-se a uma valorização da ideia de solidariedade social e de subsidiariedade, semelhantemente à consolidação e aprofundamento da democracia política. Destaca-se que, atualmente, os elementos da socialidade e da democracia tornaram-se indissociáveis no âmbito do Estado Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais. Direitos sociais. Eficácia. Estado Constitucional. Princípio da socialidade. Segurança jurídica. Princípio da proibição de retrocesso social.

ABSTRACT

This master's thesis focuses on the legal certainty and efficiency of basic social rights. Argued that all social rights create legal positions favorable to allow individuals to whom from the constitutional norm, independently of any legislative exercise immediately bringing benefits to them are the object. Fundamental social rights, once they have obtained some degree of achievement will be, while ensuring institutional and subjective right. Because of this, it was shown that the prohibition of social regression can be considered one of the consequences of legal-subjective perspective of fundamental social rights in its size prestatonal in this context, assuming the condition of real rights of defense against measures to stamp setback, whose purpose is the elimination or reduction. Social rights are not denied the nature of fundamental rights with legally and fully effective, that is, full potential of completion, there is, therefore, a primacy of individual rights over social rights. The protection and effectiveness of basic social rights can only be achieved when a minimum of legal certainty, because this requires a guarantee of certain stability of legal relations and the order Legal. Besides the establishment of social rights alongside the rights of freedom, there is an appreciation of the idea of social solidarity and subsidiarity, similar to the consolidation and deepening of political democracy. It is that, currently, the elements of sociality and democracy have become inseparable in the State Constitution.

KEYWORDS

Fundamental rights. Social rights. Effectiveness. State Constitution. Principle of sociality. Legal certainty. Principle of prohibition of reverse social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – TEORIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1 O caráter normativo dos direitos fundamentais	16
1.2 O processo de concretização constitucional para a eficácia das normas de direitos fundamentais	21
1.2.1 Eficácia e efetividade: distinção necessária	21
1.2.2 Interpretação, hermenêutica e concretização constitucional	27
1.3 Estrutura das normas jurídicas: regras e princípios	40
1.4 Conceitos de direitos fundamentais	47
1.5 Dimensões ou “gerações” de direitos fundamentais	54
1.6 Acerca da multifuncionalidade dos direitos fundamentais	58
1.7 Categorias dos direitos fundamentais sob o ângulo funcional	63
1.7.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa	64
1.7.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações	66
1.7.2.1 Direitos a prestações em sentido amplo	70
1.7.2.2 Direitos a prestações em sentido estrito	74
1.8 A natureza subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	77
1.9 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria	85
1.9.1 A posição dos direitos fundamentais como trunfos no Estado Democrático de Direito	90

CAPÍTULO 2 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	94
2.1 Formação e evolução histórica dos direitos fundamentais	95
2.1.1 A positivação dos direitos sociais fundamentais	100
2.1.2 Os direitos sociais fundamentais nas constituições brasileiras de 1934 a 1988	102
2.2 Internacionalização dos direitos fundamentais	105
2.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	110
2.4 A incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais	112
CAPÍTULO 3 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS	137
3.1 O surgimento e evolução do Estado Social e Democrático de Direito	138
3.2 A consagração constitucional dos direitos sociais e o princípio da socialidade	144
3.3 Concepções do Estado de Bem-Estar (<i>Welfare State</i>)	147
3.4 Direitos sociais: sentido, alcance e universalidade	158
3.5 Necessidade de afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais	171
3.6 Normas programáticas e normas definidoras de direitos sociais fundamentais	179
3.7 A eficácia dos direitos sociais fundamentais	186
3.7.1 A realização dos direitos sociais fundamentais e a reserva do possível	197
3.8 A natureza cláusula pétrea dos direitos sociais fundamentais	200

3.9	O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia das normas definidoras de direitos sociais fundamentais. Alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988	204
CAPÍTULO 4 – SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA ORDEM JURÍDICO–CONSTITUCIONAL BRASILEIRA		214
4.1	Segurança jurídica no Estado de Direito	215
4.2	Da segurança jurídica à proteção da confiança	219
4.3	Proteção da confiança como feição subjetiva da segurança jurídica	225
4.4	Fundamentação jurídico–constitucional de uma proibição de retrocesso social no Brasil quanto aos direitos sociais	228
4.5	O conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Federal de 1988	229
4.6	O reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico–constitucional brasileira	237
CONCLUSÃO		242
REFERÊNCIAS		249

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem como foco a segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais que ostentam a base para o exercício concreto dos elementos que compõem a cidadania (direitos civis, direitos políticos e direitos sociais), todos com igual relevância e com mesma dignidade constitucional. O tema afigura-se importante no âmbito científico e acadêmico, pois permite aos operadores jurídicos e aos cidadãos entender, aplicar e reivindicar os direitos sociais fundamentais contestando e contrariando, quando necessário, decisões das autoridades estatais. Para isso requer uma análise de natureza jurídico-constitucional ao apontar o dever permanente de o Estado proteger, concretizar e realizar os direitos sociais. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o direito fundamental à efetivação da Constituição.

É incontestável que ao se examinar o conteúdo do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 o constituinte postula a construção de uma ordem constitucional que prime à justiça e à liberdade, precipuamente ao instituir um Estado Social e Democrático destinado a assegurar o exercício de determinados valores supremos quais sejam: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Cada um desses valores recebe tratamento normativo específico no contexto da Constituição (arts. 3º e 5º ao 11), salvo o valor da justiça, que não precisa ser normatizado, porque está na base do Direito, como seu valor fundante. E, ainda, cumpre assinalar que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/1988), como fundamento constitucional do Estado brasileiro, é um valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição, ao abarcar o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos culturais, bem como as liberdades públicas em geral. Ela está na base de toda a vida nacional.

Por conseguinte, merece destaque que as ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Todavia, é o valor do justo que deve merecer a primazia porque o direito, especialmente o Direito Constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza serão sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça e segu-

rança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.

Por isso o tema a ser desenvolvido e elucidado, ao longo de nossa exposição investigativa, apontará que o clamor das pessoas por segurança e por certa estabilidade das relações jurídicas constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado Social e Democrático de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito fundamental à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental tais como o art. 6º que inclui a segurança como espécie de direito social, aquela compreendida como “segurança social”, nos termos apontados acima.

Tendo em conta tais premissas, opta-se por enfrentar o que provavelmente ainda constitui um dos aspectos menos desenvolvidos de um direito à segurança jurídica, qual seja: o da eficácia jurídica e social dos direitos sociais fundamentais. Centra-se a atenção na ideia de proteção da pessoa – notadamente dos seus direitos sociais fundamentais – e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas já implementadas.

Em outro plano de análise, ao se tomar a noção mais estrita de segurança jurídica, mantém-se atual a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano,¹ viabilizando, mediante a garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana, nos termos referidos acima.

Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por tal nível de instabilidade

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 111.

jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiarem nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. Além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido consensualmente considerados uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana, já que os direitos fundamentais, o que inclui os direitos sociais, constituem explicitações da dignidade da pessoa, de modo que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, evidentemente, apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Outro núcleo central desta dissertação a ser, também, defendido, é a urgência de superarmos o modelo liberal de Estado para uma matriz de Estado Social e Democrático de Direito – matriz de natureza social, que constate e viabilize a mudança da realidade fática e material das pessoas.

Segundo o modelo adotado, a clássica relação entre os direitos individuais e o Estado seria substituída por uma nova relação entre direitos sociais e sociedade que, por ser mais ampla, englobaria aquela e passaria a lhe dar nova conformação e sentido. Assim, num modelo de Estado Social e Democrático ou chamado de Estado Constitucional, sequer deveria separar os direitos individuais e sociais, pois todos os direitos seriam inerentes a cada pessoa e exercidos num contexto cuja proteção levaria em conta os interesses sociais vistos como os mais relevantes pelos próprios membros da sociedade.

Com efeito, a Constituição brasileira ora vigente inaugurou um Estado Social e Democrático de Direito vocacionado para a progressiva consecução de um projeto de igualdade material. Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 posicionou o Estado como ícone central na realização da justiça social, incumbido da promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas voltadas para a paulatina eliminação das desigualdades. Pode-se dizer que a Constituição estabelece para o poder político um destino de justiça social a ser alcançado.

A afirmação e o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais imporiam ao Estado e à sociedade, necessariamente, que deixassem sua posição passiva de pretensa imparcialidade para manifestarem a favor da mudança da realidade social, conferindo eficácia aos direitos dos mais necessitados, cujo objetivo é o resgate e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Para fins desta dissertação, a expressão *direitos sociais* compreende o direito individual ou coletivo em receber prestações do Estado para garantir uma situação de igualdade material. Mais que isso, o vocábulo *direitos sociais* é conceito que engloba o das liberdades públicas – os chamados direitos individuais clássicos ou direitos de defesa –, num sentido que visa a dar-lhe uma nova conformação.

A partir da análise da teoria constitucional dos direitos fundamentais buscar-se-á perquirir qual o alcance da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional, qualificado de Social e Democrático de Direito.

Sustentar-se-á que aos direitos sociais não são negados a natureza de direitos fundamentais com força jurídica e plena eficácia, ou seja, plena potencialidade de realização; não existindo, pois, uma primazia dos direitos individuais de primeira “geração” ou dimensão sobre os direitos sociais de segunda dimensão. Reconhece-se um regime jurídico substancialmente uniforme entre os designados direitos individuais (civis e políticos) e entre os direitos sociais quanto à abertura material, eficácia e aplicabilidade plena e imediata e mesma proteção constitucional (natureza cláusula pétrea).

Nesta dissertação, todos os direitos sociais fundamentais do art. 6º ao 11 e de outros dispositivos esparsos no texto constitucional pátrio (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à educação, direito à moradia, direito à assistência social, direito à previdência social, direito à cultura, direito à greve etc.) geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, os quais possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer interposição legislativa – o *exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto*. Em decorrência disso não se nega, como será exaustivamente analisado, a eficácia e a aplicabilidade plena e imediata dos direitos sociais fundamentais mesmo que a Constituição Federal expressamente venha remeter à regulamentação legislativa.

Acredita-se, uma vez que será verificado ao longo desta dissertação, que os direitos sociais fundamentais visto que tenham obtido determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, garantia institucional e direito subjetivo. Logo, a proibição de retrocesso social pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos sociais fundamentais na sua dimensão prestacional que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por finalidade a sua eliminação ou redução.

Examinar-se-á que a segurança jurídica, que abrange também a proteção da confiança (de natureza subjetiva) do cidadão, exige estabilidade das posições jurídicas deste cidadão e do próprio ordenamento jurídico, bem como proteção contra medidas retrocessivas, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos prospectivos.

A análise sobre a segurança jurídica e a eficácia jurídica e social dos direitos sociais fundamentais tem como fundamento a *Teoria Estruturante do Direito (TED)*, sendo conhecida, igualmente, como *metódica normativo–estruturante* (teoria estrutural pós–positivista da norma jurídica) formulada por Friedrich Müller. Tal teoria foi acolhida e utilizada também por José Joaquim Gomes Canotilho, expoente constitucionalista português, a partir dos pressupostos estabelecidos por Friedrich Müller.

Os direitos fundamentais, segundo a TED, constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia. Os direitos fundamentais não são meros valores ou princípios, mas normas. Por trás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. No entanto, a partir do momento em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como valores ou como princípios paradoxalmente os desvaloriza. Assim, desde a sua positivação os direitos fundamentais adquirem caráter estatal–normativo. Logo, levá-los a sério significa respeitá-los e cumpri-los como direito constitucional vigente por formarem um conjunto de direitos fundamentais de mais alto grau normativo.

Esta dissertação vale-se, também, da teoria desenvolvida por Robert Alexy ao aprimorar a classificação dos direitos fundamentais segundo sua funcionalidade na obra “*Teoría de los derechos fundamentales*”. Tal classificação foi acolhida pelo direito constitucional lusitano por José Joaquim Gomes Canotilho, bem como pelo direito constitucional brasileiro por Ingo Wolfgang Sarlet. A referida obra de Alexy é a mais representativa e notável no desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais na atualidade.

Delimitado o objeto, o problema, as hipóteses e o marco teórico desta dissertação nos termos alinhavados acima, explicita-se a estruturação de seu desenvolvimento. No primeiro capítulo, versar-se-á acerca da teoria constitucional dos direitos fundamentais. Nesta parte da pesquisa procurar-se-á definir terminologias e situar a discussão teórica dos direitos fundamentais em uma perspectiva que sirva à análise interpretativa e de concretização constitucional pela metódica normativo–estruturante de Fri-

edrich Müller. Os direitos fundamentais serão tratados nesta pesquisa em quatro dimensões ao apresentar as concepções doutrinárias e, ao mesmo tempo, exporá e demonstrará a razão da escolha do vocábulo *dimensões* em vez de *gerações* de direitos fundamentais. Em seguida, apresentar-se-á uma proposta de classificação destes direitos sob o ângulo funcional com base nas ideias concebidas de Robert Alexy. Por fim, delinear-se-á a dupla natureza ou dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e sua posição como trunfos no Estado Constitucional.

O segundo capítulo devotar-se-á à evolução histórica e a positivação dos direitos fundamentais, abrangendo os direitos sociais. Ademais, ter-se-á uma apropriada compreensão sobre a internacionalização dos direitos fundamentais. Dedicar-se-á, ainda, examinar a disciplina constitucional brasileira conferida aos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário ao demonstrar que a Constituição Federal de 1988 contém cláusula aberta de direitos fundamentais ao recepcionar outros direitos além daqueles previstos por ela constantes nos tratados internacionais, atribuindo-lhes um *status* hierárquico diferenciado.

No terceiro capítulo serão traçadas as bases teóricas no estudo dos direitos sociais fundamentais necessárias para o enfrentamento da pesquisa ao indicar a ínsita relação entre eles e o Estado Constitucional. Pontificar-se-á, em seguida, a consagração constitucional dos direitos sociais neste modelo estatal, bem como serão alinhavadas as concepções do *welfare state*. Após, ocupar-se-á quanto ao adequado sentido conceitual dos direitos sociais, bem como sobre a necessidade de afirmação de fundamentalidade dos direitos sociais e sobre o correto tratamento dado às normas programáticas e às normas definidoras de direitos sociais fundamentais e, posteriormente, adentrar-se-á na especificidade do tema, isto é, quanto ao conteúdo e alcance da eficácia das normas jurídicas de direitos sociais fundamentais; e, imediatamente, tratar-se-á acerca da natureza cláusula pétrea desses direitos e do significado e alcance do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.

No quarto capítulo procurar-se-á, inicialmente, analisar o princípio da segurança jurídica que assume valor ímpar no sistema jurídico ao caber-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material. Logo após, discorrer-se-á sobre o princípio da proibição de retrocesso social que em matéria de direitos sociais fundamentais constitui corolário do princípio da segurança jurídica. A eficácia dos direitos sociais fundamentais somente é possível num contexto de segurança jurídica, porquanto

se deve considerar a impossibilidade de violação ao núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais concretizados com o fim de proteger a dignidade da pessoa humana.

Em desfecho a esta dissertação, serão esboçadas as conclusões que sintetizarão as ideias expendidas ao longo de toda a pesquisa, sem a menor pretensão de esgotar o tema.

A pesquisa é bibliográfica, de natureza descritivo-analítica e explicativa (qualitativa), com manejo de vasta literatura jurídica nacional e internacional a fim de efetuar uma análise teórico-conceitual sobre a segurança jurídica, nas suas diversas manifestações, ao possuir vinculação direta com a eficácia dos direitos sociais fundamentais, envolvendo algum grau de proteção destes direitos, em especial no âmbito de uma proibição de retrocesso social ao observar o caráter social assumido pelo Estado Constitucional no plano dos direitos fundamentais, bem como a interpretação dos clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da socialidade – vinculação social dos direitos no sentido de garantir igualdade material com o fim de alcançar a dignidade social. Realiza-se, também, apanhado jurisprudencial, com ênfase no Supremo Tribunal Federal (STF).

CAPÍTULO 1

TEORIA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo explanará a teoria constitucional dos direitos fundamentais no Estado Constitucional o qual se caracteriza, portanto, por um Estado de direitos fundamentais.¹ São os direitos fundamentais, principalmente em sua dimensão objetiva,² que se apresentam como os fins a que o Estado deve se dirigir para proteger e efetivar.

Ademais, concentrar-se-á em analisar a relação entre direitos fundamentais e democracia como problema jurídico-constitucional ao tratar os direitos fundamentais como trunfos contra a decisão da maioria democraticamente eleita, pois os poderes constituídos não podem dispor livremente dos direitos fundamentais ao estarem vinculados a estes.

Neste capítulo serão traçados os fundamentos teóricos do tema a fim de apresentar argumentos que permitem alçar os direitos sociais à condição de direitos fundamentais com vistas na efetivação dos postulados constitucionais sobre justiça social para, em ocasião oportuna, perquirir qual o alcance da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional, qualificado de Social e Democrático de Direito. Deline-

¹ Formula-se uma concepção peculiar acerca do significado da expressão “Estado de direitos fundamentais”, a saber: a centralidade assumida pelos direitos fundamentais no Estado, o qual se move no espaço dos direitos fundamentais. A Constituição é um instrumento normativo organizador do poder que se volta ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais. Essa expressão é utilizada por Cristina Queiroz na seguinte obra: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 88. Nesta página citada, a expoente jurista lusitana ensina, com acuidade, que o moderno Estado de Direito democrático e constitucional constitui um Estado de direitos fundamentais.

² A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa que a eles é outorgada função autônoma que transcende a dimensão subjetiva ao dotá-los de um *plus* jurídico que reforça a juridicidade das normas de direitos fundamentais. Assim, de acordo com a profícua lição do publicista lusitano José Carlos Vieira de Andrade, os preceitos alusivos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, com posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida por meio da ação estatal. A dimensão objetiva reforçaria, para o ínclito jurista lusitano, a imperatividade dos direitos individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 115.

Antonio Enrique Pérez Luño aponta para a função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, à medida que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática ao exercer, nesse sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 21.

ar-se-ão as acepções constitucionalmente adequadas de direitos fundamentais, visto que estes integram a essência do Estado Constitucional não apenas parte da Constituição formal, mas também da Constituição material – direitos não expressamente positivados ou constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Atualmente, não há como negar que os direitos fundamentais se apresentam em todos os âmbitos da vida humana. Desde a garantia do exercício dos direitos políticos ao assegurar um tratamento isonômico pelo Estado, perpassando pela satisfação mínima das necessidades existenciais e ao proteger as liberdades de pensamento, de expressão, de ir e vir, de crença, dentre outras, em que todas essas situações relacionam-se intrinsecamente a um ou mais direitos fundamentais.

Esse cenário, entretanto, assenta-se apenas no contexto do Estado Constitucional, onde os direitos fundamentais se encontram presentes no texto constitucional em posição hierarquicamente superior, o que lhes confere eficácia e aplicabilidade plena.

A travessia do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático (Estado Constitucional), que será objeto de estudo no terceiro capítulo, encontra mais um componente essencial, correspondente à supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional. A esse respeito, argumenta Antonio Enrique Pérez Luño: “[...] *los derechos fundamentales han dejado de ser meros limites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos*”.³

Mencionam-se, a seguir, os contornos teóricos dos direitos fundamentais ao alinhar o caráter normativo dos direitos fundamentais segundo a metódica estruturante de Friedrich Müller utilizada na presente dissertação e, além disso, indicam-se as formulações e explicações de Robert Alexy quanto ao conceito, classificação e estrutura dos direitos fundamentais examinadas ao longo deste capítulo.

1.1 O caráter normativo dos direitos fundamentais

A análise que se pretende empreender acerca dos direitos fundamentais e, em especial, a eficácia jurídica e social dos direitos sociais fundamentais tem como base teórica a Teoria Estruturante do Direito (TED), sendo conhecida, igualmente,

³ LUÑO, 2004, p. 21.

como *metódica normativo–estruturante* formulada por Friedrich Müller.⁴ Tal teoria foi adotada e utilizada também por Canotilho⁵, expoente constitucionalista português, a partir dos pressupostos estabelecidos por aquele (Friedrich Müller).

A tese fundamental da construção teórica de Friedrich Müller, em que assentada a *metódica normativo–estruturante* (teoria estrutural pós–positivista da norma jurídica), é a não identidade entre *norma* e *texto normativo*. Este compreende o texto literal da disposição legal ou constitucional – a versão linguística –, enquanto a norma corresponde ao sentido jurídico, ou seja, o teor de validade da disposição concretizada no caso particular.⁶

Na teorização de Friedrich Müller, a norma não é somente “dever–ser”, mas um fenômeno composto de linguagem (textos de norma amplamente concretizados = o programa da norma) e fatos (filtrados pelas diretrizes do programa da norma).⁷ A norma não está, portanto, no texto, mas ela é o resultado de sua concretização, isto é, o resultado, em um caso dado, do emprego de métodos jurídicos.⁸

Segundo Canotilho, os postulados básicos da *metódica normativo–estruturante* consistem em considerar a estrutura das normas e as várias formas de *realização* do Direito Constitucional.⁹ Volta-se para a compreensão da transformação por que passa a norma até sua *definitiva concretização* em uma decisão prática (a *metódica* pretende-se ocupar da resolução de problemas práticos). Nesse intento, a *metódica* se preocupa com a estrutura da *norma* e do *texto normativo*¹⁰ enveredando pela análise do

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. (Coleção teoria estruturante do direito, v. 1).

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1213. Canotilho faz referência a duas obras de Friedrich Müller na nota de rodapé 11 da página citada ao informar que algumas das premissas estabelecidas pelo professor alemão (Friedrich Müller) são por ele acolhidas.

⁶ MÜLLER, 2008, p. 192–198.

⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Tradução de Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: RT, 2007. p. 284.

⁸ Idem, p. 257.

⁹ Conforme escólio de Gomes Canotilho, “realizar a Constituição” significa “[...] tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente *eficaz* (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma *tarefa* de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição. Nesta ‘tarefa realizadora’ participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na Constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres”. CANOTILHO, 2003, p. 1200. Grifos no original.

¹⁰ Cumpre anotar as concepções formuladas por Canotilho quanto aos termos previstos na *metódica jurídica normativo–estruturante* de Friedrich Müller ao diferenciar *norma* de *texto normativo*, ou seja, para Canotilho: “[...] Norma é o sentido ou significado adscrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; *norma* é parte de um texto interpretado”; ao passo que texto normativo é “[...] qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo, por

processo de concretização.¹¹ A partir daí fazem-se conexões entre as funções jurídicas desempenhadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no processo de concretização por eles realizado. Parte a metódica normativo–estruturante da premissa, repita-se, no sentido de que *texto da norma* e *norma* são realidades distintas, incluindo como elemento de seu quadro teórico a definição constitucional das competências dos órgãos do Estado para a tomada de decisões que importam interpretação e concretização das normas constitucionais. A norma constitucional, assim como qualquer norma jurídica, é geral e abstrata, somente adquirindo normatividade¹² concreta quando reveste o caráter de decisão, seja pela criação de uma disciplina regulamentadora estabelecida em ato legislativo, seja pela via de uma sentença ou decisão judicial; seja, por fim, mediante prática de atos administrativos. A importância do papel desempenhado pelos agentes do processo de concretização é imensa desde logo e sempre porque é em tal atividade que a norma entra em contato com a realidade. Em relação à norma constitucional tal tarefa cresce com muito significado e relevância, dado seu caráter aberto, altamente indeterminado e polissêmico.¹³

De acordo com Friedrich Müller, a norma jurídica se compõe do (a) *programa da norma*, que seria a previsão gramatical como tradicionalmente se entende, e (b) o *âmbito da norma*, ou seja, o recorte da realidade social na sua estrutura básica eleito pelo programa da norma ou por este criado como sendo o espectro pelo qual avança sua regulamentação. Há no âmbito da norma tanto elementos não gerados pelo direito e que são dados pela realidade quanto elementos gerados pelo direito, como, por exemplo, as prescrições referentes a prazos, datas, forma, regras institucionais e processuais etc., que são puramente normativos – gerados exclusivamente por efeito da norma jurídica. No caso do âmbito de norma total ou quase totalmente gerado pelo direito tem-se o texto da norma quase que literalmente evocável, eis que mais preciso; em contrário, quando se cuida de *normas jusfundamentais principiológicas*, resulta eviden-

isso, *prima facie*, como ‘fonte de direito’ num determinado sistema jurídico”. CANOTILHO, 2003, p. 1202. Grifos no original.

¹¹ Consoante análise de Canotilho, *concretizar a Constituição* traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Densificar uma norma, para Canotilho, significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo (preenche-se uma norma para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto) de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. CANOTILHO, 2003, p. 1201.

¹² De acordo com as valiosas explicações de Canotilho, *normatividade* consiste no efeito global da norma num determinado processo de concretização. Segundo ele, a normatividade não é uma qualidade da norma, é o efeito do procedimento metódico de concretização. Idem, p. 1202.

¹³ Canotilho leciona com proficiência sobre as dificuldades de investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais. Idem, p. 1217.

ciado não se tratar de um juízo hipotético possível de ser isolado em relação ao âmbito da vida que regula, mas sim uma maneira de classificar e ordenar o agir a partir da estrutura material do próprio âmbito regulado.¹⁴ Nesse sentido, para Müller, *direito e realidade* não são grandezas autônomas, que subsistem independentemente uma da outra; tanto a ordem jurídica (programa da norma) quanto o que foi por ela ordenado (âmbito da norma) são momentos da *concretização da norma*.¹⁵

Friedrich Müller arremata ao afirmar que a norma jurídica é um modelo de ordem materialmente caracterizado, um esboço vinculante de um ordenamento parcial da comunidade jurídica que representa o enunciado jurídico da linguagem. Há uma unidade formada pelos fatores *texto da norma* e *âmbito da norma*.¹⁶ Ainda, segundo Müller, o que diferencia as várias disciplinas setoriais do direito é a diferença entre as matérias de que cuidam os âmbitos das normas respectivos.¹⁷ No universo das *normas de direitos fundamentais*, em face da maior vinculação de seu âmbito a elementos não gerados pelo direito, mas relativos à matéria fática da realidade concreta, em maior grau, a respectiva *concretização* dependerá da análise do âmbito da norma, já que são eles (âmbitos da norma), de acordo com Müller, fecundos e, por isso mesmo, *possuem um peso decisivo para a concretização*. A norma propriamente dita será o resultado da relação dinâmica entre o texto da norma e seu âmbito normativo.¹⁸ Ainda, segundo Müller, os direitos fundamentais contêm, em um alto grau de densidade, um âmbito normativo em geral fortemente marcado pela realidade social.¹⁹

Os efeitos da metódica normativo–estruturante de Müller são, em relação aos direitos fundamentais, de reforçar a positividade ou normatividade, a materialidade e a racionalidade desses direitos. Todos eles formam um conjunto de direitos fundamentais de mais alto grau normativo.²⁰

Cumprido informar que a compreensão de Friedrich Müller contrapõe-se à de Robert Alexy quanto à teoria da norma em geral e à norma de direito fundamental. O que Robert Alexy chama de *disposição de direito fundamental* corresponde ao que Mül-

¹⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42–43.

¹⁵ Idem, p. 43–44.

¹⁶ Idem, p. 44.

¹⁷ Idem, p. 45.

¹⁸ Idem, p. 46.

¹⁹ MÜLLER, 2008, p. 270–271.

²⁰ MÜLLER, Friedrich. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 2, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56013>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

ler chama de *texto*, e aquilo que Robert Alexy designa com o nome de *norma* é o que Müller chama de *programa normativo*. O conceito de *âmbito normativo*, que na teoria da norma de Müller tem uma importância central, não aparece na teoria da norma de Robert Alexy.²¹ Em conformidade com as teses de Müller, elementos empíricos e semânticos são co-constituintes da norma jusfundamental,²² ao passo que na visão de Robert Alexy, ao adotar um conceito semântico de norma de direito fundamental, esta é composta unicamente de objetos linguísticos que devem ser identificados de acordo com determinados critérios de validade.²³ Para Alexy, devem-se excluir do conceito de norma os elementos empíricos da realidade sobre a qual deve a norma incidir, apesar de que isso não signifique a total desconsideração de tais elementos quando da concretização da norma; apenas, refere Robert Alexy, não devem vincular necessariamente, como defendido por Müller, a teoria da norma e a teoria da aplicação do direito – essa sim, na visão de Alexy, dependente dos dados da realidade.

Os critérios de aferição da norma de direito fundamental, conforme Alexy,²⁴ quando referidos a um determinado ordenamento jurídico, são: o *formal*, de acordo com o qual, independentemente do conteúdo e da estrutura, são disposições de direitos fundamentais aquelas que a Constituição assim estatui; o *estrutural*, relativa-

²¹ A propósito conferir os comentários de Robert Alexy acerca dessa divergência com Friedrich Müller. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 57.

²² A respeito disso, o próprio Alexy transcreve manifestação de Müller nos seguintes termos: “[...] Com respeito aos direitos fundamentais isto significa, nas palavras de Müller, o seguinte: ‘Os direitos fundamentais são garantias de proteção objetivamente cunhadas, de determinados complexos individuais e sociais concretos de ação, organização e de matérias. Estes ‘âmbitos materiais’ são constituídos em ‘âmbitos normativos’ pelo reconhecimento constitucional e pela garantia da liberdade no marco da regulação normativa, do ‘programa normativo’ dos direitos fundamentais. Os âmbitos normativos participam na normatividade prática, isto é, são elementos co-determinantes da decisão jurídica’”. MÜLLER, 1969 apud ALEXY, 2007, p. 57. Tradução nossa.

²³ ALEXY, 2007, p. 58.

²⁴ Idem, p. 46–49. Cumpre destacar, na esteira do pensamento de Robert Alexy, a distinção entre dispositivos de direito fundamental e normas de direito fundamental da seguinte maneira: *dispositivos de direito fundamental* são os enunciados que formulam ou veiculam direitos fundamentais literalmente expressos no texto constitucional, ao passo que *normas de direito fundamental* são as normas diretamente expressadas pelos enunciados, ou seja, compreendem os significados atribuídos aos dispositivos de direito fundamental. Segundo Alexy, as normas são os comandos deonticos (são expressões deonticas: “pode”, “proibido”, “dever”, “tem um direito a...” etc.) inferidos dos enunciados normativos. Assim, o enunciado da Constituição alemã que diz: “*Nenhum alemão pode ser extraditado para o estrangeiro*” – art. 16, § 2º, frase 1, LF – expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de alemães para o estrangeiro. Logo, para Alexy, “Uma norma é, pois, o significado de um enunciado normativo”. Ainda, conforme Alexy, o que faz que um enunciado da Lei Fundamental da Alemanha seja uma disposição de direito fundamental apoia-se em critérios formais, estruturais e materiais. ALEXY, 2007, p. 32–38, 46, 48. Confirma-se também: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79–80; FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

mente ao qual são disposições jusfundamentais aquelas que conferem direitos subjetivos; o *material–estrutural*, fundado no pensamento de Carl Schmitt que, segundo este, direitos fundamentais são aqueles direitos que pertencem à estrutura (fundamento) do Estado e que, portanto, são reconhecidos como tais na Constituição, ligados diretamente às liberdades individuais. Porém, para além das normas jusfundamentais expressas, a teoria de Alexy incorpora as denominadas *normas adscritas*,²⁵ assim entendidas aquelas normas que não decorrem imediatamente de um dispositivo expresso, não obstante serem havidas, tanto pela ciência do Direito quanto pela jurisprudência, como logicamente derivadas de um dispositivo, da comunhão de vários deles ou mesmo da interpretação sistemática da Constituição.

Feitos esses esclarecimentos necessários reafirma-se a adesão pela Teoria Estruturante do Direito (ou metódica normativo–estruturante) desenvolvida por Friedrich Müller que também foi acolhida por Canotilho, cujas concepções jurídico–constitucionais convergem para as formulações hauridas da metódica normativo–estruturante.

1.2 O processo de concretização constitucional para a eficácia das normas de direitos fundamentais

1.2.1 Eficácia e efetividade: distinção necessária

O embaraçoso uso das palavras com significados distintos se manifesta em todo e qualquer trabalho jurídico–científico que pretenda estabelecer certo grau de precisão alguma terminologia adequada para a análise da sua temática. Isso se torna ainda mais relevante quando se trabalha com conceitos complexos e controversos como os conceitos que serão referidos na presente dissertação tais como: direitos fundamentais, direitos humanos, dimensões de direitos fundamentais, funções de direitos fundamentais, concretização e realização da constituição, princípio da socialidade, segurança jurídica, princípio da proteção da confiança e princípio da proibição de retrocesso social. Assim também o é quando se trata de *eficácia* e *efetividade*, vocábulos igualmente complexos e controversos, precipuamente no plano doutrinário.

²⁵ ALEXY, 2007, p. 49–55. O multicitado autor, na página 53, assevera que uma norma adscrita de direito fundamental é válida e é norma de direito fundamental, se para sua adscrição a uma norma de direito fundamental diretamente estatuída é possível aduzir uma fundamentação de direito fundamental correta. No original: “Una norma adscrita tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuída es posible aducir una *fundamentación iusfundamentalmente correcta*”. Grifos no original.

Feitas as conexões terminológicas ao longo dos capítulos desta dissertação, buscar-se-á apontar o alcance e conteúdo da eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais que são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional, qualificado de Social e Democrático de Direito.

Torna-se, então, necessário estabelecer um entendimento quanto às terminologias, assim como o porquê da opção pelo termo *eficácia* dos direitos fundamentais em lugar de *efetividade*, exatamente por aceitar a diferenciação entre os vocábulos em questão.

Tal distinção, no entanto, apesar de ser necessária, evidentemente não é algo simplório. Entre os estudiosos juristas dedicados aos estudos da linguagem jurídica, não há um consenso sobre a questão e, em razão disso, registre-se a dificuldade não apenas da presente dissertação, mas também de qualquer outro estudo que trate da presente temática ao fixar uma distinção entre as supracitadas terminologias com algum grau de precisão satisfatório.²⁶

O significado específico na teoria jurídica das terminologias em questão é o que interessa mais diretamente nesta dissertação. O lexicólogo De Plácido e Silva ao fixar o aspecto semântico–jurídico de tais termos afirma que efetividade, derivado do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer), significa a “[...] a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade”, pretendendo exprimir que “[...] o que está em vigência, está sendo cumprido ou está em atual exercício, ou seja, que está realizando os seus próprios efeitos”. Eficácia, por sua vez, derivado do latim *efficacia*, de *efficax*, “que tem virtude que tem propriedade, que chega ao fim”, é compreendida como “[...] a força ou poder que possa ter um ato ou fato, para produzir os desejados efeitos”. Assevera ainda: “[...] A eficácia jurídica, deste modo, advém da força

²⁶ Torna-se igualmente necessária a busca do significado dos vocábulos *eficácia* e *efetividade* no âmbito da linguagem geral em nossa língua portuguesa. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar consignam que a *efetividade* constitui-se “no caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo **1** faculdade de produzir um efeito real **2** capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente **3** capacidade de atingir o seu objetivo real [...]”. Agora, ao versarem sobre a *eficácia* assim se pronunciam: “**1** virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz [...] **2** segurança de um bom resultado; validez, atividade, infalibilidade **3** poder de persuasão [...] **4** efeito útil [...] **5** qualidade de quem ou do que tem uma ação eficaz; capacidade, produtividade [...] **6** real produção de efeitos [...]”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1102. Grifos no original.

Numa perspectiva estritamente linguística, pode-se constatar que os significados são aproximados, quase idênticos em alguns sentidos esboçados pelos dicionaristas ao ser, portanto, perfeitamente justificável a existência da utilização indiscriminada na linguagem em geral dos dois vocábulos.

jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações que nele se contêm".²⁷

Percebe-se, todavia, que, embora do ponto de vista da linguagem geral seja bastante árduo proceder a uma diferenciação entre *eficácia* e *efetividade*, é possível fazê-la quando se reporta à semântica jurídica desses termos, ou seja, o seu significado para a teoria jurídica. Entretanto, nem todos concordam com a distinção consignada por De Plácido e Silva ao considerar a problemática de forma diversa. Vejamos abaixo tais posicionamentos.

Pinto Ferreira, em seu prodigioso estudo acerca do problema da eficácia das normas jurídicas, lembra que o significado da eficácia foi particularizado recentemente com maior requisito terminológico.²⁸ Conquanto não fizesse alusão à efetividade, alvitrou um sentido de eficácia que, segundo ele, é "[...] o poder que tem as normas e os atos jurídicos para a conseqüente produção de seus efeitos jurídicos próprios".²⁹ E assevera que a eficácia da norma jurídica tem como conseqüência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida por meio de um comando, determinando um agir ou um não agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e nesse caso com uma força paralisante da que é conflitante com o comando determinado.³⁰

Em se tratando da eficácia do direito, Pinto Ferreira esboça um conceito de eficácia social e um conceito de eficácia jurídica que, de acordo com ele, são assim elucidados:

A eficácia social da norma jurídica significa que a conduta humana se efetiva realmente de acordo com a própria norma; a norma é realmente seguida e aplicada; através dela está um fenômeno real de poder, que exige e comanda efetivamente a sua obediência. Pode ocorrer que uma norma tenha eficácia jurídica, mas não tenha eficácia social, não sendo efetivamente cumprida no mundo dos fatos, na realidade social. **A eficácia jurídica** designa a força que tem a norma jurídica de produzir os seus próprios efeitos na regulação da conduta humana; indica uma possibilidade da aplicação da norma, a sua exigibilidade, a sua exequibilidade, a sua executoriedade como possibilidade. O que caracteriza o direito é a coercibilidade, a possibilidade da coação; o que caracteriza a eficácia é a possibilidade da sua executoriedade.³¹

²⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 509.

²⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 22.

²⁹ *Ibidem*, p. 22.

³⁰ *Ibidem*, p. 23.

³¹ *Ibidem*, p. 24–25. Grifo nosso.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, por seu turno, aponta a eficácia da norma jurídica como uma qualidade que se refere

[...] à possibilidade da produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica).³²

Tercio Sampaio Ferraz Junior leciona na sua obra magistral – *A ciência do direito* – que a *vigência* de uma norma ocorre quando esta tem condições formais de ser aplicada por ter sido elaborada pelos órgãos competentes, nos limites de sua competência e em obediência aos procedimentos legais.³³ O eminente jurista prossegue afirmando que a *eficácia* consiste na possibilidade de uma norma ser aplicada, de exercer os seus efeitos, pois as condições para isto exigidas estão cumpridas.³⁴

O entendimento delineado pelo ínclito jurista corresponde, de uma análise meramente definível por ele, o ponto de vista que se deseja perfilhar nesta dissertação, sobre a eficácia como aptidão da norma jurídica para a produção de efeitos. No entanto, quando do estudo exemplificativo concernente às definições alinhavadas, o expoente jurista supracitado, norteia os seus exemplos partindo do entendimento da doutrina tradicional da norma jurídica que a confunde com o seu texto, posição que o professor e jurista como Friedrich Müller, defensor da ideia da concretização normativa, não considera, por adotar um conceito distinto entre texto e norma jurídica. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Junior, uma norma pode ter vigência, mas a eficácia depende da regulamentação de certas condições por outra norma,³⁵ o que evidentemente em um processo estruturado de concretização normativa, são fases do complexo processo que constitui a norma jurídica e, notadamente, a norma constitucional.

De acordo com a concepção clássica de José Afonso da Silva ao assinalar a íntima relação entre os conceitos de eficácia jurídica e de eficácia social, tenta distingui-los ao destacar a eficácia como elemento conexo com a aplicabilidade, exigibilidade

³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 203.

³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 58.

³⁴ Idem, p. 58.

³⁵ O professor Tercio Sampaio Ferraz Junior ilustra com o seguinte exemplo: “[...] uma norma determina que é garantido o acesso para todos os cidadãos aos cargos públicos, quando forem preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. A norma é vigente, se elaborada corretamente, *mas sua eficácia depende da lei que irá estabelecer os requisitos exigidos*”. Idem, p. 58. Grifo nosso.

ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica.³⁶ Para José Afonso da Silva, a eficácia consiste na “[...] capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”, ao passo que o “alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade”.³⁷ Diferencia ambas da vigência que é “[...] a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições”, nas palavras do renomado jurista.³⁸

Luís Roberto Barroso perfilha as definições esboçadas por José Afonso da Silva quanto à eficácia, mas, por outro lado, procurou desenvolver um entendimento acerca da efetividade ao qualificá-la como a realização do direito, o “[...] desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.³⁹

No entanto, não deixa o expoente professor supracitado de ressaltar que a efetividade das normas depende inicialmente da sua eficácia jurídica, partindo da premissa de a norma jurídica ser uma espécie de norma necessariamente emanada do Estado.⁴⁰

Ainda que as análises expendidas correspondam ao que se pode denominar de opinião preponderante no âmbito da doutrina nacional, há que fazer referência à posição crítica de Eros Roberto Grau, o qual propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição Federal de 1988, partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação.⁴¹ Para além dessa constatação, o referido jurista tende a se afastar dos posicionamentos tradicionais acolhidos pelos doutrinadores, quando advoga o ponto de vista de que a eficácia social não se situa no plano da aplicação da norma – como leciona José Afonso da Silva –, mas que

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66.

³⁷ Idem, p. 66.

³⁸ Idem, p. 52.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82–83.

⁴⁰ Idem, p. 83. Luís Roberto Barroso, em obra específica sobre interpretação constitucional, aduz em lapidar lição que a “eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos. Não se insere no seu âmbito constatar se tais efeitos realmente se produzem”. Assevera ainda: “[...] a efetividade ou eficácia social da norma [...] cuida-se, aqui, da concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 247.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 312–315.

se manifesta ou não após o momento de aplicação, uma vez que nada garante que as decisões – normas individuais de conduta – impostas pelo Judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder–dever de realizar o Direito ao aplicá-lo nos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os resultados (fins) buscados por elas.⁴²

Consigna-se que Eros Roberto Grau distingue *eficácia jurídica* de *eficácia social*, não havendo como sustentar a íntima conexão entre as noções hauridas delas. Embora perfilhe o conceito dado por José Afonso da Silva de eficácia jurídica explicitado acima, diverge deste em relação ao conceito de eficácia social, pois segundo o escólio lapidar de Eros Roberto Grau, coincidem os conceitos de efetividade e de eficácia social. Esta, a eficácia social “[...] designa o modo de apreciação das consequências das normas jurídicas e de sua adequação aos fins por elas visados. Eficácia [social – nota nossa], então, implica realização efetiva dos resultados buscados pela norma”.⁴³ Destaca, ainda, que a eficácia social pode-se manifestar ou não no momento de aplicação pelo Estado, do direito, consoante indicado *retro*.⁴⁴

Ante as explanações aventadas, propõe-se um conceito de eficácia que doravante orientará toda a preleção referente a normas de direitos fundamentais ao diferenciá-lo do conceito de efetividade. É importante ressaltar que os conceitos sugeridos contrariam a perspectiva linguística tradicional, bem como ao distanciar do senso comum dos juristas. Todavia, a opção pelos conceitos é decorrente das transformações e avanços que se operam na órbita jurídica, notadamente no âmbito constitucional no tocante aos direitos humanos ou fundamentais; cite-se, por exemplo, o acréscimo do § 3º ao art. 5º da CF/1988, que foi uma novidade trazida pela Emenda Constitucional de nº 45/2004 ao admitir que tratado ou convenção internacional sobre direitos humanos, desde que observado o *quorum* diferenciado de aprovação pelo Congresso Nacional – igual ao das Emendas Constitucionais –, passe a ter *paridade normativa* com as *normas constitucionais*. Detalhamento quanto ao acréscimo do § 3º ao art. 5º pela EC nº 45/2004 será examinado no próximo capítulo.

Portanto, quando se trata da eficácia das normas de direitos fundamentais faz-se referência à aptidão e potencialidade das normas constitucionais de direitos fundamentais de gerarem seus efeitos práticos, isto é, refere-se sempre à possibilidade concreta, real e imediata da norma ser executada. A efetividade deve ser entendida pre-

⁴² GRAU, 2005, p. 323 et seq.

⁴³ Idem, p. 323–324.

⁴⁴ Idem, p. 323.

cisamente como a própria execução do preceito normativo no âmbito fático, equivalendo, então, à noção de eficácia social formulada por Luís Roberto Barroso.⁴⁵ Feitas essas reflexões, opta-se por tratar da eficácia e não da efetividade como escolha metodológica e objetiva e não por desprestigiar as questões da efetividade.

1.2.2 Interpretação, hermenêutica e concretização constitucional

Antes de adentrar no contexto da concretização constitucional como processo hermenêutico para a interpretação constitucional, é preciso estabelecer a distinção existente entre hermenêutica e interpretação, vocábulos não poucas vezes usados como sinônimos quando na verdade não o são. O estudo da hermenêutica reveste-se de uma importância verdadeiramente cardeal no âmbito das ciências jurídicas. Segundo Reis Friede, a hermenêutica é um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação ao proceder, em última instância, a sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito; ao passo que, de acordo com referido autor, a interpretação compreende a crítica interna da lei, que lhe permite uma verdadeira transparência, com o consequente conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo da norma jurídica em termos gerais.⁴⁶

Impende assinalar, conforme lição de Carlos Maximiliano, que a hermenêutica não se confunde com interpretação.⁴⁷ A hermenêutica tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.⁴⁸ A interpretação é a aplicação da hermenêutica, enquanto esta

⁴⁵ O eminente professor apresenta a acepção de eficácia social nos seguintes termos: “[...] *eficácia social* é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. BARROSO, 2006, p. 82. Grifo nosso. Tal conceito não é muito diferente do proposto aqui.

⁴⁶ FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 153–154.

⁴⁷ *Contrario sensu*, tem-se a opinião de Miguel Reale ao encarar tal distinção como despicienda, visto que nenhuma utilidade prática apresentaria. Assim, a esse respeito, Miguel Reale argumenta: “[...] parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins”. REALE, Miguel. *Hermenêutica jurídica: filosofia e teoria geral do direito*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 41. p. 179. Diga-se que se não houvesse sentido nessa distinção não haveria por que fazê-la. *Data maxima venia* do eminente jurista, a hermenêutica pode ser diferenciada da interpretação.

⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

(a hermenêutica) descobre e fixa os princípios que regem aquela. A hermenêutica, para Carlos Maximiliano, “é a teoria científica da arte de interpretar”.⁴⁹ Interpretar, em conformidade com a lição do preclaro jurista, “é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.⁵⁰

Rubens Limongi França preleciona que a interpretação consiste em aplicar as regras que a hermenêutica perquire e ordena para o bom entendimento dos textos legais.⁵¹ E esclarece que ao se falar em hermenêutica ou interpretação elas não podem se restringir aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que também ocorre com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, consoante ensinamento do autor, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança.⁵²

Dirley da Cunha Júnior, na mesma direção, sustenta que a hermenêutica fornece as ferramentas teóricas que serão manejadas pelo intérprete na busca da compreensão das disposições normativas.⁵³ A hermenêutica, destaca o citado autor, ilumina o caminho a ser percorrido pelo intérprete e isso demonstra a sua importância para o direito ao cumprir a ela teorizar os princípios de interpretação jurídica e que se pode afirmar, apesar de inconfundíveis, existência de uma relação mútua de dependência entre a hermenêutica e a interpretação jurídica, visto que sem a hermenêutica não se interpreta, e sem a interpretação, a hermenêutica se torna inútil e desnecessária.⁵⁴ No processo de compreensão do Direito, hermenêutica e interpretação, lembra o autor, são os dois lados de uma mesma moeda.⁵⁵ Para ele, a interpretação jurídica é o gênero do qual a interpretação constitucional é espécie.⁵⁶

Assim, arremata Dirley da Cunha Júnior acerca da hermenêutica e interpretação do Direito, *expressis verbis*:

⁴⁹ MAXIMILIANO, 2004, p. 1.

⁵⁰ Idem, p. 7.

⁵¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.

⁵² Idem, p. 4.

⁵³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 188.

⁵⁴ Idem, p. 188.

⁵⁵ Idem, p. 188.

⁵⁶ Idem, p. 191.

[...] Mas a tarefa prática de explorar os textos normativos é atribuída à interpretação jurídica, não à hermenêutica. E por interpretação jurídica deve-se entender a atividade prática de *revelar/atribuir* o sentido e o alcance das disposições normativas, com a finalidade de *aplicá-las* a situações concretas, pois interpretar é determinar o conteúdo e significado dos textos visando a solucionar o caso concreto. Não se interpreta em vão,⁵⁷ ou por diletantismo, mas para resolver os problemas jurídicos concretos.

A interpretação, portanto, abrange duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a *concretizar* o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica, conforme lição de Dirley da Cunha Júnior, de redução da natural distância que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto.⁵⁸

A interpretação constitucional, embora seja também interpretação jurídica, possui caracteres peculiares e feições próprias que a diferenciam da interpretação das demais normas jurídicas. Isso faz com que a interpretação constitucional torne uma tarefa mais exaustiva do que a interpretação jurídica em geral, pois o que ocorre é que, além das considerações da hermenêutica jurídica clássica e contemporânea, deve tal interpretação ser norteadada também pelos cânones específicos da complexa hermenêutica constitucional.⁵⁹

Canotilho leciona que interpretar a constituição é uma tarefa que se impõe metodicamente (*dimensão metodológica*) a todos os aplicadores das normas constitucionais (legislador, administração pública, juízes e tribunais). Para ele, todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a constituição devem: (1) encontrar um resultado constitucionalmente “justo” mediante a adoção de um procedimento (método) racional e controlável; (2) fundamentar este resultado também de forma racional e controlável. Para o expoente jurista, considerar a interpretação como tarefa, significa, portanto, que toda norma é “significativa”, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.⁶⁰

Ainda, para Canotilho, sob o ponto de vista da *dimensão metódica*, é indispensável destacar que interpretar uma constituição não se reconduz apenas à fundamentação do “decidir jurídico” de casos concretos submetidos à apreciação jurisdicio-

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 188. Grifos no original.

⁵⁸ Idem, p. 188.

⁵⁹ Segundo Celso Ribeiro Bastos, a interpretação constitucional não ignora a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta uma série de especificidades que justificam seu tratamento diferenciado, num estudo de certa forma autônomo dos demais métodos interpretativos presentes no sistema jurídico. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 49.

⁶⁰ CANOTILHO, 2003, p. 1207.

nal baseada na constituição (metodologia tradicional); significa também estruturar operadores de concretização (= modos ou regras de densificação) válidos para a aplicação das normas constitucionais pelo legislador e pela administração – *metódica jurídica*.⁶¹

Consoante lapidar lição de Paulo Bonavides, os elementos clássicos (tradicionais) da hermenêutica jurídica, a saber: gramatical, lógico, histórico e sistemático, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação e, por isso mesmo, impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam, segundo Paulo Bonavides, de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a nova hermenêutica.⁶²

Entretanto, não abandona a hermenêutica constitucional a contribuição da hermenêutica jurídica clássica, mas enriquece-a doutrinariamente no que diz respeito à interpretação especificamente constitucional. Apesar disso, ocorre que, na interpretação constitucional, estão presentes outros problemas específicos da constituição, não existentes na interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais. A interpretação de uma norma constitucional repercute em todo o ordenamento jurídico, ocasionando muitas vezes a incompatibilidade das normas inferiores com a constituição e a declaração

⁶¹ CANOTILHO, 2003, p. 1208.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 592. O insigne jurista pontifica que a nova hermenêutica é senão a própria teoria material da Constituição e ressalta que “[...] sob a égide, em grande parte, da nova hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou, pelo menos, a reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação de uma teoria material da Constituição, fora dos quadros conceituais do jusnaturalismo e das rígidas limitações do positivismo formalista, ou seja, o da velha linha de Gerber, Laband, Anschütz, Jellinek – este mais atenuadamente – e, de último, Kelsen; a inauguração no Direito Público de um novo polo de investigações interpretativas, dantes concentradas em esfera nomeadamente jusprivatista ou juscivilista; a elaboração de duas novas teorias hermenêuticas: uma de interpretação da Constituição, mais ampla, e outra de interpretação dos direitos fundamentais, mais restrita, ambas, porém, originais e autônomas; a introdução do princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional, ampliando avassaladoramente a esfera de incidência desse ramo da ciência do direito, sobretudo no sentido da proteção mais eficaz dos direitos fundamentais perante o Estado; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais de direito, convertidos doravante em princípios constitucionais e, portanto, erguidos do seu grau de subsidiariedade interpretativa nos Códigos até o topo da hierarquia normativa do sistema jurídico; a pluridimensionalidade, a par da plurifuncionalidade dos direitos fundamentais, dantes vistos no antigo Direito Constitucional tão somente pelo prisma de sua subjetividade; a expansão normativa do Direito Constitucional a todos os ramos do Direito, acompanhada de uma afirmação definitiva de superioridade hierárquica, e, finalmente a tese vitoriosa de que a Constituição é direito, e não ideia ou mero capítulo da Ciência Política, como inculcava a tese falsa de Burdeau e doutros constitucionalistas franceses filiados à linha da reflexão constitucional que se vinculava à ideologia já ultrapassada do liberalismo clássico”. Idem, p. 582–584.

de sua inconstitucionalidade precisamente por esse motivo. Tudo isso obviamente pelo caráter de supremacia da constituição sobre as demais normas jurídicas.⁶³

Um segundo problema específico a ser colocado para a hermenêutica constitucional, apontado por Paulo Bonavides, é o forte caráter político–ideológico da constituição. Em verdade, por ser fruto de um poder constituinte originário, as normas constitucionais possuem uma carga político–ideológica bem mais expressiva que as normas em geral, devendo a sua interpretação exprimir as opções políticas feitas pelo constituinte quando da feitura do documento constitucional.⁶⁴ Como salienta Paulo Bonavides, a natureza política da norma constitucional é evidente, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos fundamentais, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve de pauta à conduta dos governos, uma vez que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la.⁶⁵

Este caráter político–ideológico da constituição torna difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. As normas constitucionais contêm uma plasticidade muito grande, adequando-se às mudanças sociais sem perder o seu caráter de normas de orientação política do Estado. As considerações políticas na interpretação constitucional são de importância bem maior do que na interpretação das normas infraconstitucionais com necessidade de a hermenêutica auxiliar na tarefa da interpretação constitucional de consagrar os valores políticos insculpidos na Lei Maior.

Devido ao caráter político–ideológico acentuado, as normas constitucionais se comportam, em geral, como diretrizes fundamentais de todo o ordenamento jurídico estatal. Por essa razão, tais normas têm um alcance excessivamente amplo, com generalidade e abstração bem maior do que as normas jurídicas em geral ao exprimirem

⁶³ Celso Ribeiro Bastos anota que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião. Arremata ao afirmar: “[...] O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição”. BASTOS, 1999, p. 101–102.

⁶⁴ Em sentido diverso tem-se a posição de Celso Ribeiro Bastos, para o qual a busca da vontade do legislador histórico (poder constituinte originário) estaria superada atualmente, pois se trataria de tese pouco democrática e de escassa importância interpretativa e, além disso, interporia entre a interpretação e a aplicação do direito um obstáculo intransponível, visto que não seria tarefa jurídica a de adentrar-se na psique alheia para querer reproduzir os meandros da mente do legislador (constituente). BASTOS, 1999, p. 119.

⁶⁵ BONAVIDES, 2004, p. 461.

muitas vezes por meio de princípios constitucionais.⁶⁶ Surge aí o terceiro problema básico da hermenêutica constitucional: a questão da normatividade dos princípios.

Todas essas questões fizeram surgir, na hermenêutica constitucional, a chamada nova hermenêutica, que vem para afirmar uma moderna interpretação da constituição, contrapondo-se ao positivismo lógico-formal que prosperou na hermenêutica constitucional do Estado liberal.⁶⁷

Paulo Bonavides assinala que na velha hermenêutica interpretava-se a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada adicionava ao conteúdo da norma. Na nova hermenêutica, ao contrário, *concretiza-se* o preceito constitucional, conquanto, de acordo com o ínclito jurista, concretizar seja algo mais do que interpretar, seja em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade. Aqui, segundo Paulo Bonavides, ocorre e prevalece uma operação cognitiva de valores que se ponderam. Coloca-se o intérprete perante a consideração de princípios que são as categorias por excelência do sistema constitucional.⁶⁸

A nova hermenêutica, voltada especificamente para a hermenêutica constitucional, não nega os pressupostos e cânones da hermenêutica jurídica tradicional. A grande diferença dela em relação a esta última é que, enquanto os ensinamentos desta última podem ser aplicados de forma satisfatória na interpretação das normas jurídicas em geral, tal não se dá quando se trata da interpretação da constituição, exatamente pelos motivos a que se fez alusão.⁶⁹ Na interpretação constitucional é preciso ir além; é necessário buscar um sentido mais profundo nas normas constitucionais. Isso se torna mais ainda acentuado com o advento do Estado Social de Direito e a necessidade da promoção, em especial, dos direitos sociais fundamentais, denominados de direitos de segunda dimensão.

A hermenêutica constitucional teria, portanto, que pautar para este novo desafio: estabelecer cânones, princípios, pressupostos e ideias acerca da interpretação

⁶⁶ Celso Ribeiro Bastos destaca que o intérprete não pode nem deve desvincular a Constituição de seu manancial político e ideológico, da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. BASTOS, 1999, p. 62.

⁶⁷ Paulo Bonavides leciona: “[...] Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social”. BONAVIDES, 2004, p. 584.

⁶⁸ Idem, p. 633.

⁶⁹ GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 129.

da constituição que alcançassem com maior sucesso a almejada eficácia das normas constitucionais, principalmente aquelas que impunham o novo desafio de efetivação dos direitos sociais. Não bastavam os postulados da Escola da Exegese, do positivismo lógico-formal ou do normativismo kelseniano. Torna-se necessário garantir a eficácia dos princípios constitucionais, pensar os problemas práticos, acentuar o caráter teleológico-axiológico da interpretação e aplicação normativa, enfim, concretizar as normas constitucionais, fazê-las eficazes e efetivas.⁷⁰

Surgida com o inconformismo dos juristas com o positivismo lógico-formal e a utilização dos métodos clássicos de interpretação jurídica, a nova hermenêutica preconizou novos horizontes para a interpretação constitucional ao surgir com ela novos métodos e considerações hermenêuticas que abalaram a firmeza e estabilidade dos métodos tradicionais que se tornaram insuficientes para a satisfação das novas necessidades sociais, consagradas constitucionalmente como obrigações estatais a serem cumpridas.⁷¹

Konrad Hesse, professor da Universidade de Freiburg, em sua teoria da concretização constitucional, parte do pressuposto de que a constituição não se reduz aos fatores reais de poder que regem uma sociedade, ou seja, a um produto das infra-estruturas sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); ela não existe, pois, tão somente para refletir as relações de poder efetivamente existentes em determinada comunidade política, mas se caracteriza por ser uma constituição jurídica possuidora de efetiva força normativa, ou seja, ela contém “[...] *uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*”.⁷²

Ainda, segundo Konrad Hesse, ao tratar da normatividade constitucional, assevera que a interpretação tem um significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da constituição, à qual se encontra submetida ao “[...] *princípio da ótima concretização da norma*”.⁷³ Tal princípio, para o citado autor, não poderia ser aplicado com fundamento nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual e, se a constituição teria a eficácia condicionada pelos fatos concretos, não poderia a interpretação ignorá-los, pois ela deveria observá-los como condicionantes em correlação com as proposições normativas constitucionais.⁷⁴ Para Konrad Hesse,

⁷⁰ GALINDO, 2003, p. 130.

⁷¹ Idem, p. 130.

⁷² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

⁷³ Idem, p. 22.

⁷⁴ Idem, p. 22.

a interpretação adequada “[...] é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.⁷⁵

Paulo Bonavides diz que não existe, para Hesse, nenhuma interpretação da Constituição independente de problemas concretos.⁷⁶

Mencione-se que Konrad Hesse desenvolve a sua própria teoria acerca da concretização constitucional, chamada de hermenêutico–concretizante, conforme ensina Canotilho.⁷⁷

Em conformidade com a profícua lição de Canotilho, a concretização presuppõe um entendimento prévio do intérprete acerca do conteúdo da norma a ser concretizada.⁷⁸ A interpretação da constituição, para ele, não afasta desse processo, visto que é “[...] uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efetua uma atividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”.⁷⁹

Segundo Konrad Hesse, principal teorizador do processo de concretização constitucional, afirma que este se encontra vinculado necessariamente a três elementos: I – à norma a ser concretizada; II – ao entendimento prévio (pré-compreensão) do intérprete; III – ao problema concreto a ser resolvido. Pela estreita vinculação destes elementos entre si, tendo em vista a interpretação adequada do texto constitucional, o mencionado autor defende que não pode haver método de interpretação autônomo, dissociado dos elementos referidos, devendo ser o procedimento de concretização determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo.⁸⁰

Apesar dos esforços de Konrad Hesse de estabelecer princípios norteadores para o processo de concretização constitucional, parece que a sua concepção tem um grau elevado de generalidade e abstração podendo suscitar inúmeras dúvidas, principalmente no que diz respeito à estruturação adequada desse processo, dúvidas que Friedrich Müller buscou alijar com a sua metódica estruturante, objeto de análise adiante.

Para o tema da concretização constitucional, uma das principais contribuições, senão a maior delas, é oferecida por Friedrich Müller, professor da Universidade

⁷⁵ HESSE, 1991, p. 22–23.

⁷⁶ BONAVIDES, 2004, p. 604.

⁷⁷ CANOTILHO, 2003, p. 1212.

⁷⁸ Idem, p. 1212.

⁷⁹ Idem, p. 1212.

⁸⁰ HESSE, 1998 apud CUNHA JUNIOR, 2008, p. 212.

de Heidelberg/Alemanha. Ao estabelecer uma teoria ou metódica estruturante do processo interpretativo constitucional, Müller constrói uma singular hermenêutica nesse campo com vistas na construção de uma hermenêutica constitucional pós-positivista, estruturada metodicamente para a concretização da constituição no plano da eficácia.

Müller busca, sobretudo na hermenêutica gadameriana, as bases filosóficas de sua original concepção de hermenêutica jurídica, denominada de metódica estruturante. Esta, segundo ele, é “[...] *um conceito de conjunto que compreende dogmática, metodologia, teoria (da norma) jurídica e teoria da Constituição e põe-nas em relação umas com as outras. Estas quatro áreas de trabalho desenham os terrenos materiais de atuação da teoria estruturante do direito*”.⁸¹ O citado professor afirma que a metódica estruturante é desenvolvida com base no e com vistas no Direito Constitucional.⁸²

A concepção de Friedrich Müller trata incessantemente estabelecer um conjunto de métodos interpretativos que possam ser utilizados de forma racional para a construção de uma hermenêutica jurídica e constitucional adequadas. Tenta conciliar certo espaço normativo de liberdade para o julgador trabalhar os conceitos jurídicos a partir da relação texto normativo e realidade normativa com uma metodologia estruturadora da interpretação jurídica que possa ser seguida sem grandes dificuldades pelo julgador, para que não se possa por via hermenêutica descambar para o casuísmo.⁸³

⁸¹ MÜLLER, 2007, p. 247. Em outra obra de Müller – Métodos de trabalho do Direito Constitucional – traz o seguinte conceito: “[...] A *metódica estruturante* analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas”. MÜLLER, 2005, p. 57. Grifo no original.

⁸² MÜLLER, 2005, p. 56.

⁸³ Em lapidar magistério de Friedrich Müller, pontifica que a metódica não pode ser compreendida como uma axiomática. E acrescenta: “[...] Em que pese toda a relatividade da sua utilidade e toda a limitação do seu alcance, as figuras de método são indispensáveis como momentos da aplicação do direito, que estabilizam, racionalizam e facilitam a verificabilidade. Assim como a exegese clássica no sentido de Savigny, a concretização racional da norma deve empenhar-se em ser, na medida do possível, a ‘aplicação de um procedimento conforme a regra’. A regra somente pode ser compreendida com sentido como a capacidade de rendimento da objetividade específica da ciência jurídica: sem pretensão de utilidade absoluta, adequação ‘universal’, cogência lógico-formal”. MÜLLER, 2007, p. 103–104. Sobre a busca da racionalidade metódica Friedrich Müller leciona, *expressis verbis*: “[...] A ciência do direito distingue-se da ‘objetividade’ das ciências naturais em virtude da sua matéria ‘histórica’; distingue-se do modo de trabalho das ciências humanas ‘compreensivas’ pela sua vinculação a normas jurídicas ‘vigentes’. O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal ‘absoluto’; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização”. MÜLLER, 2005, p. 52. Grifo no original.

Friedrich Müller, assim como Konrad Hesse, vê a interpretação constitucional como concretização.⁸⁴ Ele parte do pressuposto de que, conforme destacado anteriormente, não pode confundir o texto da norma com a norma propriamente dita, uma vez que esta última só se estabelece mediante uma complexa construção jurídica que, inclui a interpretação, mas não se limita a ela, pois tem também outras implicações.⁸⁵

O primeiro gargalo que ele aponta é o problema linguístico–conceitual em relação à definição de norma e de constituição, existente na concretização normativa de um modo geral e também presente na concretização constitucional. No paradigma positivista a palavra *norma* significa o texto normativo, “[...] *concepção positivista superada da ‘norma jurídica’ como fenômeno textual no código legal*”,⁸⁶ sendo a constituição “[...] *totalidade dos textos da codificação que se apresenta em nível intraestatal como a fonte hierarquicamente suprema do direito*”.⁸⁷ Esses conceitos ainda permanecem presentes apesar de as teorias pós–positivistas terem feito ruir muitos dos paradigmas do positivismo jurídico. Segundo Friedrich Müller, tal permanência é consequência do uso que se faz dos vocábulos *norma* e *constituição* na linguagem jurídica de um modo geral, na linha do pensamento do filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein para o qual “*o significado de uma palavra*” é quase habitualmente “*o seu uso na linguagem*”.⁸⁸

A tentativa de Friedrich Müller é de um rompimento com o conceito tradicional de norma e de constituição que os equivale ao texto.⁸⁹ Do texto da norma não sucede nenhuma normatividade, pois esta não é qualidade estática do texto, mas um processo fundamentado no trabalho jurídico comprometido com o Estado de Direito e a democracia.⁹⁰ O texto da norma é apenas o seu enunciado linguístico, a disposição sintática sob a qual se exprime o que Müller chama de *programa da norma*⁹¹ que seria o texto da norma mais o resultado da interpretação.⁹² A norma não se esgota no teor lite-

⁸⁴ Friedrich Müller assinala que a interpretação do teor literal de uma norma constitui um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. MÜLLER, 2005, p. 47.

⁸⁵ Friedrich Müller aduz que a norma jurídica se transforma em um conceito complexo, composto de programa da norma e de âmbito da norma, pois segundo ele: “[...] a *norma jurídica* não está contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Eles se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser *primeiramente produzida* em cada processo individual de decisão jurídica, i.e., ‘trazida para fora’ [*hervorgebracht*]. Além disso, o âmbito da norma [*Normbereich*] pertence constitutivamente a ela”. MÜLLER, 2007, p. 148. Grifos no original.

⁸⁶ MÜLLER, 2007, p. 150.

⁸⁷ Idem, p. 150.

⁸⁸ Idem, p. 150.

⁸⁹ Idem, p. 148–151.

⁹⁰ Idem, p. 146.

⁹¹ MÜLLER, 2005, p. 42.

⁹² MÜLLER, 2007, p. 224, 239.

ral do texto, embora sempre se mova em torno desses preceitos, independente do método interpretativo e dos elementos hermenêuticos, entretanto vai além.⁹³ Concretizar, para Friedrich Müller, significa produzir ante a provocação pelo caso de conflito social ao exigir uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.⁹⁴ O texto da norma é, portanto, o ponto de partida para a concretização normativa constitucional.⁹⁵

Toda a concretização constitucional baseia-se na relação entre texto e realidade constitucional.⁹⁶ Esta relação depende de uma compreensão prévia (pré-compreensão) de ambos pelo jurista concretizador que estabelece um entendimento inicial mediante a subsunção lógica do caso ao texto normativo, entendimento este que pode ser substituído por outro mais adequado no decorrer do processo concretizador.⁹⁷

Além do texto e do programa normativo, há também o âmbito da norma. Essa é, assim como o programa da norma, parte integrante da estrutura da norma.⁹⁸ O âmbito da norma pode ser entendida como o campo da atuação normativa, ou seja, o âmbito e os dados da realidade social cujo teor textual da norma possa abranger.⁹⁹

Enfim, chega-se à chamada *norma–decisão*, que é o elemento da estrutura concretista, ainda que seja também a norma propriamente dita, completa a estruturação desta. É, em verdade, a norma–decisão que dota o preceito normativo de normatividade, sendo entendida esta como o efeito global da norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o âmbito normativo. Em outras palavras, é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de concretização.¹⁰⁰ Conforme assinala Canotilho, a normatividade não é uma qualidade da norma, mas o efeito da metódica estruturante na concretização.¹⁰¹ Ainda, segundo o expoente publicista, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade atual e imediata por meio da sua passagem a norma de deci-

⁹³ MÜLLER, 2007, p. 224.

⁹⁴ Idem, p. 150.

⁹⁵ Idem, p. 151. Nesse sentido, conferir também as ilações de Canotilho. CANOTILHO, 2003. p. 1213.

⁹⁶ MÜLLER, 2005, p. 133. Conferir também: CANOTILHO, op. cit., p. 1213, 1215–1216.

⁹⁷ MÜLLER, 2005, p. 47–54, 58–65. Confirma ainda: MÜLLER, 2007, p. 76–103.

⁹⁸ Ela é nos dizeres do próprio Friedrich Müller: “[...] o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares)”. MÜLLER, 2005, p. 42.

⁹⁹ Sentido baseado na lição de Gomes Canotilho. CANOTILHO, op. cit., p. 1216.

¹⁰⁰ Idem, p. 1216–1217.

¹⁰¹ Idem, p. 1216.

são ao regular concreta e vinculativamente o caso padecido de solução normativa.¹⁰² E arremata ao afirmar que

[...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a “medida de ordenação” nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de atos individuais pelas autoridades (concretização administrativa).¹⁰³

É com a normatividade alcançada com a norma–decisão que se completa o processo de concretização constitucional.

Nota-se, ao contrário do que se pensa, não há uma rejeição pela metodologia hermenêutica clássica, mas existe, na concretização constitucional, a utilização de elementos daquela hermenêutica (clássica) como importantes componentes do processo hermenêutico–concretizante. Então, segundo Friedrich Müller, seriam elementos da concretização constitucional os seguintes: os elementos metodológicos clássicos da hermenêutica jurídica (gramatical, lógico, sistemático, histórico, genético e teleológico),¹⁰⁴ os elementos do âmbito da norma e do caso concreto, os elementos dogmáticos, os elementos técnicos de solução de casos, os elementos teórico–constitucionais e os elementos político–jurídicos e político–constitucionais.¹⁰⁵

Na esteira do pensamento de Friedrich Müller, são diretamente referidos com a norma os elementos metodológicos clássicos, bem como princípios isolados da interpretação da constituição como, por exemplo, princípio da unidade da constituição, princípio da concordância prática, princípio da força normativa da constituição etc., assim como os do âmbito da norma e do caso concreto e parte dos elementos dogmáticos.

¹⁰² CANOTILHO, 2003, p. 1221.

¹⁰³ Idem, p. 1221.

¹⁰⁴ MÜLLER, 2007, p. 151. Cumpre destacar que Müller inclui o elemento genético dentre os elementos clássicos da hermenêutica jurídica, diferenciando-o do elemento histórico. Este último referir-se-ia aos textos de norma trabalhados em casos concretos ao longo da história, enquanto o genético referir-se-ia à gênese do próprio texto normativo, trabalhando com textos que, em verdade, não seriam textos de normas, mas textos referentes a elas tais como discursos constituintes ou parlamentares, reflexões sobre o projeto de norma, materiais legislativos da assembleia constituinte ou do parlamento; enfim, textos referentes ao debate político em torno da formação da constituição e das normas de um modo geral. Sobre o profícuo escólio de Friedrich Müller acerca de cada um dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica conferir na sua obra *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. MÜLLER, 2005, p. 66–70.

¹⁰⁵ MÜLLER, 2005, p. 59 et seq.

Os demais se relacionam de modo indireto com a norma, pois desempenham funções auxiliares, limitadas no ato de concretização.¹⁰⁶

Em relação ao que foi expandido acima, concebe-se o mais delicado trabalho da teoria de Müller ao estabelecer uma hierarquia entre os elementos da concretização constitucional proposta pela metódica estruturante. Inicialmente considera que os elementos diretamente relacionados com a norma devem prevalecer sobre os demais.¹⁰⁷ No caso de o conflito se estabelecer entre elementos diretamente relacionados com a norma, devem prevalecer os elementos gramaticais e sistemáticos, visto que estes dizem respeito à interpretação de textos de normas, enquanto os outros se referem a textos que não são textos de normas.¹⁰⁸

Consoante lição de Paulo Bonavides, ao versar sobre a interpretação dos direitos fundamentais, assinala que Müller defende a metódica estruturante por ser aplicada eficazmente à hermenêutica dos direitos fundamentais, pois, em primeiro lugar, ela estrutura a teoria dos direitos fundamentais de conformidade com aspectos racionais; em segundo lugar, estrutura a interpretação desses direitos; em terceiro, ela permite proceder a numerosas estruturações para a dogmática das garantias, a fim de que se possa tê-las com maior grau possível de eficácia; e por último, ela estrutura toda a doutrina constitucional a esse respeito, principalmente no que se refere à normatividade dos direitos fundamentais. Enfim, conforme já salientado, os efeitos da metódica estruturante de Müller são, em relação aos direitos fundamentais, de reforçar a positividade, a materialidade e a racionalidade desses direitos.¹⁰⁹

É indubitável que as concepções teóricas de Friedrich Müller sobre a concretização constitucional¹¹⁰ são de importância singular e que há necessidade de estu-

¹⁰⁶ MÜLLER, 2005, p. 106.

¹⁰⁷ Idem, p. 106.

¹⁰⁸ Idem, p. 106–107.

¹⁰⁹ BONAVIDES, 2004, p. 590, 611–612. Paulo Bonavides traz a seguinte indagação, *in verbis*: “[...] Tratando-se de interpretar direitos fundamentais, cabe, por derradeiro, a indagação decisiva: é o direito fundamental valor ou norma? Eis a questão precípua. Friedrich Müller a levanta precisamente ao ocupar-se da hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais. Sua resposta, porém, é de todo o ponto negativa. Segundo ele, os direitos humanos – em nossa terminologia designados preferencialmente por direitos fundamentais – não são ‘valores’, são ‘normas’, e quando a Constituição os positiva se tornam direitos vigentes (*geltendes Recht*). Conclui o insigne Mestre que o dever do jurista é, portanto, interpretá-los como normas, e quem assim não o faz, insistindo em torná-los hermeneuticamente por ‘valores’ em verdade os ‘desvaloriza”’. Idem, p. 628. Grifo no original.

¹¹⁰ Ao se proceder à distinção entre eficácia e efetividade levada a cabo no tópico 1.2.1, surge como corolário lógico a necessidade de diferenciar a concretização constitucional da realização da constituição, pois ainda que haja semelhanças em virtude da estreita correlação existente entre elas, não devem ser confundidas, tornando indispensável estabelecer sua distinção. Reprise-se que para Friedrich Müller e sua metódica estruturante, a concretização constitucional é um processo estruturado para produzir a norma constitucional. Parte de um conceito diferenciado de constituição e de norma

dar a moderna hermenêutica constitucional ao ensejar a esta destacável avanço no campo interpretativo.

1.3 Estrutura das normas jurídicas: regras e princípios

A tese da normatividade dos princípios que hoje é aceita na dogmática constitucional reconhece, de uma forma geral, duas espécies de gênero normas jurídicas, quais sejam, as regras e os princípios, cuidando de distinguir uma da outra. É possível reunir os critérios distintivos usualmente apontados pela doutrina, a saber:¹¹¹

- a) No que concerne ao *conteúdo*, os princípios estão mais próximos da ideia de valor e de direito.¹¹² Eles formam uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm um conteúdo diversificado e não necessariamente moral.
- b) Quanto à *origem* e *validade*. A validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras derivam de outras re-

jurídica, enxergando a norma como um processo complexo envolvendo uma série de fatores (conforme visto), não se confundindo a norma com o seu enunciado linguístico. A interpretação aqui é uma das etapas do processo de concretização, não existindo relação sinonímica entre interpretação da constituição e concretização constitucional. MÜLLER, 2005, p. 47 et seq. Conferir também: BONAVIDES, 2004, p. 591.

Conforme ensina Bruno Galindo, quanto à realização da constituição, tem-se a ideia ligada ao que foi conceituado como efetividade. Consiste a realização constitucional precisamente na aplicação prática da norma constitucional, ou seja, a concretização fática, real, empírica, do seu conteúdo. GALINDO, 2003, p. 167. A ligação com a efetividade existe exatamente por uma correspondência conceitual entre realização e efetividade, visto que esta última significa precisamente a realização do direito, o “*desempenho concreto de sua função social*”. BARROSO, 2006, p. 82. Ainda, segundo leciona Canotilho, a realização da constituição está relacionada ao efetivo cumprimento da norma constitucional no plano social. CANOTILHO, 2003, p. 1200. Logo, é um conceito essencialmente ligado à sociologia do Direito Constitucional, estando, portanto, intimamente vinculado à correspondência entre a eficácia da norma constitucional e a conduta social observada empiricamente de acordo com a norma aludida.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40–57.

¹¹² Canotilho apresenta um conjunto de critérios para a distinção entre regras e princípios, a saber: “a) *Grau de abstração*: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) *Natureza normogênica*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.” CANOTILHO, 2003, p. 1160–1161. Grifos no original.

gras ou dos princípios. Assim, é possível identificar o momento e a forma como determinada regra tornou-se norma jurídica, perquirição essa que será inútil no que diz respeito aos princípios.¹¹³

- c) Concernente ao *compromisso histórico*. Os princípios são para muitos, em maior ou menor medida, universais, absolutos, objetivos e permanentes; ao passo que as regras caracterizam-se de forma bastante evidente pela contingência e relatividade de seus conteúdos, conforme o tempo e o lugar.
- d) Em relação à *função no ordenamento*. Cabe aos princípios a função de explicar e justificar as regras. Ao modo dos axiomas¹¹⁴ e leis científicas, os princípios sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação.¹¹⁵
- e) Referente à *estrutura linguística*. Os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e, por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações.¹¹⁶ Em relação às regras, diferentemente,

¹¹³ DWORKIN, 1998 apud BARCELLOS, 2002, p. 48.

¹¹⁴ Embora princípios e axiomas sejam fenômenos distintos, como registra Humberto Ávila. Segundo ele, “[...] os princípios jurídicos não se confundem com axiomas. Axioma denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la. [...] Não se encontram, portanto, no mundo jurídico do dever ser, cuja concretização é sempre prático-institucional”. ÁVILA, 1999 apud BARCELLOS, 2002, p. 48. Grifos no original.

¹¹⁵ Esse é o ponto essencial da lição clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo ele, “[...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 889.

¹¹⁶ Veja-se transcrição em nota de rodapé previamente citada sobre a distinção entre princípios e regras. CANOTILHO, 2003, p. 1160–1161. A concepção de Humberto Bergmann Ávila sobre a matéria guarda relação com esse elemento distintivo, como se vê das definições que apresenta para princípio e regra: “Diante do exposto, pode-se definir os princípios como *normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida*.”

As regras podem ser definidas como *normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida*”. ÁVILA, 1999 apud BARCELLOS, 2002, p. 49. Grifos no original.

é possível identificar, com maior ou menor trabalho, suas hipóteses de aplicação.

- f) Quanto ao *esforço interpretativo exigido*. Os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade, na expressão de Josef Esser, mencionada por Barcellos, “burocrática e técnica”.¹¹⁷
- g) Quanto ao modo de *aplicação*. As regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do “tudo ou nada”, popularizado por Ronald Dworkin.¹¹⁸ Isto é, dado seu substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas, de acordo com a lição de Robert Alexy.¹¹⁹ Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. Como registra Robert Alexy, ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes. Estes limites jurídicos, que podem restringir a otimização de um princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios opostos que procuram igualmente maximizar-se, daí a necessidade eventual de ponderá-los. Desenvolvendo esse critério de distinção, Robert Alexy denomina as regras de *comandos de definição* e os princípios de *comandos de otimização*.¹²⁰

Conforme magistério de Felipe Derbli, a técnica da ponderação de valores ou interesses consiste, basicamente, no estabelecimento do peso relativo de cada princípio aplicável a um caso concreto. Procede-se, então, à compressão recíproca entre os princípios contrapostos, observando-se a proporcionalidade e a preservação do núcleo

¹¹⁷ ESSER, 1961 apud BARCELLOS, 2002, p. 50.

¹¹⁸ DWORKIN, 1998 apud BARCELLOS, 2002, p. 50.

¹¹⁹ ALEXY, 2007, p. 68–69. Segundo Ana Paula de Barcellos “A não aplicabilidade da regra decorre, em geral, de sua invalidade (inconstitucionalidade) ou da perda de sua vigência, como nos casos em que ela é revogada por norma hierarquicamente superior ou posterior de igual hierarquia. No caso da relação entre norma geral e especial, entretanto, a norma geral deixa de ser aplicada não por qualquer dessas duas razões, mas porque os fatos realizam de forma específica a previsão da norma especial, que afasta a incidência da geral.” BARCELLOS, op. cit., p. 50.

¹²⁰ ALEXY, op. cit., p. 68, 80.

essencial de cada princípio, nada havendo que se falar em hierarquia em tese entre princípios (sem prejuízo de uma hierarquia axiológica).¹²¹

Canotilho leciona que ponderar princípios significa sopesar com o fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, tem maior peso ou valor os princípios conflitantes.¹²²

Tais ideias que logo encontraram entusiasmada acolhida na doutrina e, logo depois, na jurisprudência brasileira, foram parcialmente contestadas no recente estudo de Humberto Ávila intitulado: *Teoria dos Princípios*.¹²³ O jurista gaúcho, primeiramente, identifica no pensamento dominante o recurso a um critério do “caráter hipotético–condicional”, segundo o qual as regras seriam estruturadas de modo a prever uma hipótese e uma consequência para a ocorrência de um fato que se enquadrasse na hipótese prevista – isto é, seriam aplicadas de acordo com a fórmula “se, então” –, o que as distinguiria dos princípios, que estabeleceriam apenas uma diretriz.¹²⁴

Sobre esse critério, assinala Humberto Ávila a sua imprecisão, visto que as regras, conquanto realmente possuam elementos descritivos, não permitem a compreensão de seu conteúdo normativo senão ao final do processo de interpretação e aplicação, necessariamente condicionado pelas possibilidades fáticas e normativas. Além disso, a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. Algumas normas que são qualificáveis segundo esse critério, como princípios podem ser reformuladas de modo hipotético.¹²⁵

Humberto Ávila questiona que a indicação do modo final de aplicação como critério distintivo entre as regras e princípios – para o qual aquelas seriam aplicadas segundo a lógica do *tudo ou nada*, acima referida, enquanto os princípios seriam aplicados de forma gradual mediante ponderação –, uma vez que se trata, segundo o autor, de contingência que não pode ser tida como decisiva na distinção entre as espécies normativas. Nesse sentido, dissocia a incidência das regras de sua aplicação ao afirmar que existem casos em que as regras jurídicas não incidem sobre uma situação concreta,

¹²¹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 109–110.

¹²² CANOTILHO, 2003, p. 1241.

¹²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

¹²⁴ Idem, p. 40.

¹²⁵ Idem, p. 40–41.

ou seja, a realidade fática não se enquadra na sua hipótese de incidência, mas que, ainda assim, são aplicadas, como nos casos de uso da analogia.¹²⁶

Por outro lado, existem para Humberto Ávila situações em que, embora a regra incida sobre o caso concreto, a sua aplicação poderá ser afastada por ser contrária às razões que fundamentam a própria regra ou outras razões, estranhas à própria regra que incidiu ou a outras, que se mostram mais relevantes especificamente no caso concreto; em ambas as situações, a solução do caso (e, portanto, a não aplicação da regra) envolverá um juízo de ponderação das razões envolvidas.¹²⁷ Contudo, a superação das regras é algo excepcional e, portanto, exigirá atividade argumentativa muito mais intensa do que trata para a superação de um princípio.¹²⁸

Posiciona-se Humberto Ávila, ainda, contra o critério com o conflito normativo, segundo o qual a antinomia entre regras se resolveria com a declaração de invalidade de uma delas ou do estabelecimento de uma exceção, enquanto o conflito entre princípios envolveria uma ponderação na qual se atribuiria uma “dimensão de peso”, de modo que o princípio com maior peso relativo no caso concreto prevaleceria sobre o outro, sem prejuízo da validade deste.¹²⁹ Para sustentar tal posição, utiliza os seguintes argumentos: primeiro, a ponderação não seria técnica privativa da aplicação de princípios, sendo possível a realização de ponderação também na aplicação de regras; segundo, porque nem sempre o conflito entre regras se resolveria em abstrato, no plano da validade ou da relação de especialidade, visto que é possível que duas regras viessem a contrapor-se apenas no caso concreto, sem prejuízo da sua validade, sendo necessário ponderar as finalidades em consideração naquele caso.¹³⁰

O multicitado jurista acrescenta que a chamada *dimensão de peso* não seria privativa ou inerente aos princípios abstratamente considerados, sendo-lhes atribuída apenas na solução do conflito posto no caso concreto.¹³¹ E, ainda, aduz que mesmo nos casos de antinomias entre princípios, a ponderação poderia levar à aplicação de um

¹²⁶ ÁVILA, 2006, p. 44, 50.

¹²⁷ Idem, p. 49–50.

¹²⁸ Idem, p. 50.

¹²⁹ Idem, p. 51.

¹³⁰ Idem, p. 52. Humberto Ávila, na página 53, traz como exemplo situação em que haja uma regra no Código de Ética Médica estatuinto que o médico deva contar ao paciente toda a verdade sobre a sua doença, e outra, no mesmo diploma normativo, determinando que o médico deva utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente, sendo que, no caso concreto, deliberar dizer a verdade ao paciente poderia causar-lhe abalo emocional que poderia reduzir as suas possibilidades de cura. Têm-se, na hipótese, regras perfeitamente válidas, que entram em conflito tão somente no caso concreto – a solução para esse conflito exigirá, necessariamente, um juízo de ponderação, pelo qual se afastará aplicação de uma regra em favor de outra.

¹³¹ Idem, p. 59.

princípio e o afastamento de outro ao deixar de gerar efeitos sobre o caso a decidir – o que se verificaria, por exemplo, nas situações em que estivessem em colisão os princípios da liberdade de informação e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada.¹³²

De uma forma geral, portanto, Humberto Ávila exibe sua posição quanto aos critérios em que normalmente se baseiam a doutrina e a jurisprudência para distinguir regras de princípios e destaca situações em que nem mesmo tais fórmulas distintivas são suficientes. Diante disso, propõe a conceituação de ambas as espécies normativas da seguinte forma, *expressis verbis*:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹³³

Têm-se, pois, que regra e princípio, como espécies de normas jurídicas estabelecem um *dever ser*, sendo que, no caso da regra, o dever imediatamente estabelecido é o de adoção da conduta nela descrita, enquanto se atender à finalidade que lhe é subjacente e aos princípios que lhe são superiores, ao passo que, quanto ao princípio, o dever imediatamente estabelecido é o de promover uma finalidade, um estado ideal de coisas mediante a prática das condutas necessárias para tanto. Ademais, diferirão também um do outro porque a regra possui a pretensão de proporcionar uma solução específica e decisiva para os casos a que for aplicável, cabendo ao princípio cuidar apenas de parte dos elementos relevantes para a solução do caso concreto, que também deverá levar em conta outras razões.¹³⁴

¹³² ÁVILA, 2006, p. 62, 67.

¹³³ Idem, p. 78–79. Registre-se a definição de princípio traçada por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípio é “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 888–889.

¹³⁴ ÁVILA, op. cit., p. 63, 71–72, 75.

Consigna-se que Humberto Ávila reconhece ainda uma terceira categoria de normas jurídicas qual seja, a dos *postulados normativos*, normas metódicas voltadas para a estrutura da interpretação e aplicação de princípios e regras – seriam, portanto, postulados, a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a razoabilidade, a proporcionalidade, entre outros.¹³⁵ Note-se, porém, que o autor entende como *postulados normativos* (divididos, por sua vez, em *específicos* e *inespecíficos*) como normas estruturantes da aplicação de princípios e regras tidas por boa parte da doutrina, ainda que usualmente já se lhes reconheça um caráter metódico ou instrumental.¹³⁶ Tal especificidade encontra-se um pouco além dos propósitos deste estudo ao ser desnecessário o aprofundamento da questão.

Ante o exposto, os critérios distintivos enumerados por Humberto Ávila são seguros para diferenciar as regras dos princípios, razão pela qual serão os adotados para os fins deste estudo, visto que não parecem conflitar com a noção generalizada na doutrina, dos princípios como sendo dotados de maior carga axiológica e da função de permitir a integração do ordenamento jurídico, sobretudo na qualidade de vetor hermenêutico das demais normas jurídicas, o que, aliás, decorre da eficácia jurídica interpretativa que se lhes reconhece.

Mostra-se importante, neste particular, avaliar a questão da eficácia jurídica das regras e princípios constitucionais, uma vez que, como se verá adiante, os direitos fundamentais e, em especial, os chamados direitos sociais, estão consagrados na Constituição de 1988 em normas jurídicas de ambas as espécies. É o que se pretende elucidar no terceiro capítulo.

Cumprido informar que paralelamente às espécies normativas referidas (regras, princípios e postulados), outra categoria – não autônoma ou diversa acompanhará o presente estudo. Trata-se do relevante conceito de *sobreprincípio*, o qual, em certa medida, consiste numa noção peculiar de alguns princípios, caracterizando-se pela maior amplitude dos fins (estado de coisas almejado) para os quais existem.¹³⁷ De acordo com a lição de Rafael Maffini, nessa espécie de princípio, inquestionável é a conjugação hermenêutica de vários outros subprincípios que são conformados e, ao mesmo

¹³⁵ ÁVILA, 2006, p. 121 et seq.

¹³⁶ Idem, p. 127.

¹³⁷ Segundo lapidar magistério de Humberto Ávila, “[...] Há princípios que se caracterizam justamente por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos. Esses princípios podem ser denominados de **sobreprincípios**. [...] Exatamente por isso, o princípio mais amplo exerce influência na interpretação e aplicação do princípio mais restrito”. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 39. Grifo nosso.

tempo, dão conformação ao sobreprincípio que se posta sobre eles.¹³⁸ Ainda, consoante ilação de Rafael Maffini, forma-se uma espécie de reenvio de significação que se opera necessariamente em duas mãos, de forma virtuosamente circular, no sentido de que um determinado princípio (subprincípio) será necessário para, ao lado de outros, culminar na compreensão do fim mais amplo justificador do sobreprincípio.¹³⁹ Do mesmo modo, o sobreprincípio terá um significado que proporcionará a possibilidade de melhor compreensão dos fins menos amplos peculiares a cada um dos subprincípios que lhes são correlatos. Possuem, pois, os sobreprincípios uma função de amalgamação dos vários subprincípios que lhe dão conformação.¹⁴⁰

1.4 Conceitos de direitos fundamentais

Há certa hesitação entre os doutrinadores em torno da questão terminológica dos direitos da pessoa humana e dos direitos do cidadão, direitos estes chamados muitas vezes indistintamente de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos humanos fundamentais, além de outras terminologias (direitos fundamentais da pessoa humana, direitos do homem, direitos públicos subjetivos etc.), como se todas elas significassem a mesma coisa, quando não é bem assim. Por uma questão de precisão científica quanto à terminologia que é adotada aqui (direitos fundamentais), necessita-se delimitar um significado razoavelmente preciso das expressões aludidas para que fique bastante claro o sentido das expressões utilizadas.

O expoente publicista português José Joaquim Gomes Canotilho distingue direitos do homem dos direitos fundamentais. Os primeiros (direitos do homem) compreendem os direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista–universalista), enquanto os direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico–institucionalmente garantidos e limitados espacotemporal. Os direitos do homem extrairiam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁴¹

Os direitos fundamentais, albergados na ordem interna, asseguram direitos e concorrem para a consagração de um modelo de Estado. Em outras palavras,

¹³⁸ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 39.

¹³⁹ Idem, p. 39.

¹⁴⁰ Idem, p. 39.

¹⁴¹ CANOTILHO, 2003, p. 393.

cumprem função normativa em cada Estado, prescrevendo direitos sindicáveis, inclusive por via judicial, conforme magistral lição de Vidal Serrano Nunes Júnior.¹⁴² Para esse autor, os direitos humanos recobram a ideia de direitos naturais do ser humano ao receberem assento, em regra, nas declarações e convenções internacionais, visto que a lesão a um direito fundamental do ser humano não é questão que deve ficar adstrita à ordem interna de um país, mas tem importância transnacional.¹⁴³

José Afonso da Silva assinala que a terminologia *direitos humanos* é a preferida pelos documentos internacionais. Em objeção a ela, assim como contrária à terminologia *direitos do homem*, sustenta que não haveria direito que não fosse humano, pois somente o ser humano poderia ser titular de direitos, entendimento que vem sendo modificado pela insurgente formação de um direito especial de proteção aos animais.¹⁴⁴ Para o mencionado jurista, a expressão mais adequada seria *direitos fundamentais do homem* ao aduzir que:

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.¹⁴⁵

Segundo ensina José Afonso da Silva, no qualificativo *fundamentais* vê-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais o indivíduo não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* na acepção de que a todos, por igual, devem ser reconhecidos não apenas formalmente, mas concreta e materialmente efetivados.¹⁴⁶ Em seguida procura exprimir outra definição para direitos fundamentais do homem, *expressis verbis*: “[...] são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.¹⁴⁷ Arremata o notável jurista que os direitos fundamentais do homem “são direitos constitucionais à medida que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte”.¹⁴⁸

¹⁴² NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 23.

¹⁴³ Idem, p. 24.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 176.

¹⁴⁵ Idem, p. 178.

¹⁴⁶ Idem, p. 178.

¹⁴⁷ Idem, p. 179.

¹⁴⁸ Idem, p. 180.

O retrorreferido jurista leciona que a expressão *derechos públicos subjetivos* constituem um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como o vocábulo *derechos individuales*, à concepção individualista do homem; em razão disso, também se tornou insuficiente para caracterizar os direitos fundamentais.¹⁴⁹

Conforme a precisa dicção de Pérez Luño, os **derechos humanos** são “[...] conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.¹⁵⁰ E o termo **derechos fundamentais** é reservado para “[...] aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.¹⁵¹

Joaquín Herrera Flores define os direitos humanos, com base em teoria contextualizada e crítica dos direitos, em três momentos: cultural, político e social. Cada um dos quais transporta consigo sua própria especificação axiológica: a liberdade, a fraternidade e a igualdade.¹⁵²

Para Herrera Flores, em uma perspectiva cultural, os direitos humanos “exigem a instituição ou posta em marcha de processos de luta pela dignidade humana”.¹⁵³ Dessa definição o autor sustenta que os direitos humanos são produtos culturais que instituem ou criam as condições necessárias para implementar um sentido político forte de liberdade. Sobre isso o renomado autor espanhol assim se exprime com as seguintes palavras:

Desse ponto de vista, minha liberdade (de reação cultural) começa onde começa a liberdade dos demais; por isso não tenho mais remédio que me *comprometer* e *me responsabilizar* – como ser humano que exige a construção de espaços de relação com os outros – com a criação de condições que permitam a todas e a todos “pôr em marcha” contínua e renovadamente “caminhos *próprios* de dignidade”.¹⁵⁴

No plano político, Herrera Flores apresenta a seguinte concepção de direitos humanos como “os resultados dos processos de luta antagonista que se produzem contra a expansão material e a generalização ideológica do sistema de relações imposto

¹⁴⁹ SILVA, 2007b, p. 176.

¹⁵⁰ LUÑO, 2004, p. 46.

¹⁵¹ Idem, p. 46.

¹⁵² HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 114.

¹⁵³ Idem, p. 114.

¹⁵⁴ Idem, p. 114. Grifos no original.

pelos processos de acumulação de capital".¹⁵⁵ Neste conceito o mencionado autor especifica politicamente os direitos humanos não como entidades naturais ou como "direitos infinitos", mas como reações antagonistas perante um determinado conjunto de relações sociais surgido em um contexto preciso, temporal e espacial: a modernidade ocidental capitalista.¹⁵⁶ Nesse sentido político, concretiza-se a definição sob o aspecto social e coletivo de fraternidade.¹⁵⁷ Em tal conceito politizado de fraternidade busca-se a elevação de todas as classes civilmente subalternas à condição de sujeitos plenamente livres e iguais ao implicar a queda de todas as barreiras de classe derivadas dos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.¹⁵⁸

Num sentido marcadamente social, os direitos humanos são *"o resultado de lutas sociais e coletivas que tendem à construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam o empoderamento de todas e de todos para lutar plural e diferenciadamente por uma vida digna de ser vivida"*.¹⁵⁹ Nessa acepção, pretende-se complementar e ampliar o conceito de igualdade formal aos aspectos materiais e concretos que permitam, segundo Herrera Flores,

[...] a colocação em prática da liberdade positiva e da fraternidade emancipadora abarcada no conceito de igualdade material. Os direitos não funcionarão por si próprios, nem serão implementados unicamente a partir do trabalho jurídico. É necessário fazê-los atuar criando as condições econômicas e culturais que nos permitam efetivar a liberdade positiva e a fraternidade emancipadora.¹⁶⁰

Robert Alexy ao versar sobre uma concepção formal dos direitos fundamentais manifesta seu ponto de vista orientador da seguinte maneira: *"[...] os direitos fundamentais da Lei Fundamental são posições que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua atribuição a um indivíduo ou denegação, não pode ficar nas mãos de maioria parlamentar simples"*.¹⁶¹ Nessa ideia fica evidente uma tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, não sendo possível ser totalmente solucionada, contudo perfilha-se a prevalência destes sobre aquele,

¹⁵⁵ HERRERA FLORES, 2009, p. 115

¹⁵⁶ Idem, p. 115.

¹⁵⁷ Idem, p. 115.

¹⁵⁸ Idem, p. 115.

¹⁵⁹ Idem, p. 115.

¹⁶⁰ Idem, p. 115.

¹⁶¹ ALEXY, 2007, p. 395. Tradução nossa. O original em língua espanhola tem o seguinte teor: *"[...] los derechos fundamentales de La Ley Fundamental, son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución a un individuo o denegación, no pueden quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple"*.

pois por majoritários sejam os poderes constituídos não podem pôr em discussão aquilo que a própria Constituição reconhece como direito fundamental da pessoa.

À medida que se faz corresponder a expressão *direitos fundamentais* aos *direitos humanos* positivados nas constituições, parece seguro afirmar, na esteira do pensamento de Robert Alexy, que a previsão constitucional é o aspecto formal por excelência da fundamentalidade desses direitos. Então, conforme lição de Robert Alexy, “[...] *Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo*”.¹⁶²

O publicista lusitano Jorge Miranda destaca que a locução *direitos fundamentais* tem sido nos últimos decênios a preferida pelos doutrinadores e textos constitucionais para designar os direitos das pessoas perante o Estado, sendo esses direitos constantes na Lei Maior. Assinala que na linguagem corrente, fala-se principalmente em direitos do homem, o que é correto quando se trata dos aspectos históricos e filosóficos dos direitos inerentes à pessoa humana. Porém, quando se trata dos direitos humanos positivados na constituição, não é recomendável, segundo Jorge Miranda, a adoção do termo *direitos do homem* em sede de Direito Constitucional, sobretudo por três motivos.¹⁶³

O primeiro deles é que, independentemente da existência dos direitos do homem oriundos da sua própria natureza, o que se cuida aqui é dos direitos expressamente assentes na ordem jurídica, sendo estes os direitos fundamentais que devem ser captados e estudados.¹⁶⁴

O segundo resulta da necessidade de se considerar, no plano sistemático da ordem jurídico-constitucional, os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas, como a organização econômica, social, cultural e política.¹⁶⁵

O terceiro e último motivo decorre da observação, não se reduzindo os direitos fundamentais aos direitos impostos pelo direito natural, mas com um caráter mais amplo, como os direitos conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas: direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos. Muitos desses direitos são

¹⁶² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 73, jul./set. 1999.

¹⁶³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4. p. 52.

¹⁶⁴ Idem, p. 53.

¹⁶⁵ Idem, p. 54.

*“pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionalismos do respectivo país”.*¹⁶⁶

Jorge Miranda entende os direitos fundamentais como os direitos ou posições jurídicas ativas dos seres humanos, individual ou institucionalmente considerados, previstos na constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material – donde a distinção entre *direitos fundamentais em sentido formal* e *direitos fundamentais em sentido material*.¹⁶⁷ Essas ponderações do jurista português, conforme escólio de Dirley da Cunha Júnior, bem evidenciam a necessidade de se formular um conceito de direitos fundamentais que leve em conta não só a sua fundamentalidade formal (estão previstos formalmente na Constituição), mas, sobretudo, a sua fundamentalidade material (embora não estejam previstos formalmente na Constituição, são admitidos por ela em razão do seu conteúdo e importância), uma vez que uma conceituação meramente formal – no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na constituição formal – não é constitucionalmente adequada, posto que revela sua insuficiência, sobretudo para o entendimento que se perfilha, no sentido de defender a previsão na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, § 2º) de cláusula materialmente aberta ao admitir a existência de outros direitos fundamentais para além dos expressos no catálogo, seja com assento na própria Constituição (direitos implícitos e direitos decorrentes do regime e princípios por ela adotados), seja fora dela (direitos decorrentes de tratados internacionais de que o Estado Brasileiro seja parte), além do fato de que tal consideração formal nada diz sobre o conteúdo dos direitos fundamentais.¹⁶⁸

Ainda, sobre a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, esta se encontra ligada, segundo Canotilho, ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo

¹⁶⁶ MIRANDA, 2000, p. 54.

¹⁶⁷ Idem, p. 7.

¹⁶⁸ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 523–524. Ingo Wolfgang Sarlet perfilha esse mesmo entendimento. Segundo ele, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988, encerra expressamente, ao mesmo tempo, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 101. Também no mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52–57; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 260; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 685.

o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional);¹⁶⁹ b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento solene e rigoroso) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF/1988),¹⁷⁰ cuidando-se, portanto, (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*.¹⁷¹

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Embora não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto, e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como os direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.¹⁷²

Ingo Wolfgang Sarlet formula uma definição de direitos fundamentais baseada na doutrina de Robert Alexy com vistas no delineamento de um conceito constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. Eis a íntegra de seu pensamento:

[...] Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).¹⁷³

Os direitos fundamentais integram ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.¹⁷⁴

¹⁶⁹ CANOTILHO, 2003, p. 403.

¹⁷⁰ SARLET, 2007, p. 88–89.

¹⁷¹ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 87.

¹⁷² SARLET, op. cit., p. 89.

¹⁷³ Idem, p. 91.

¹⁷⁴ Idem, p. 70. Vale anotar a percuciência análise de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sobre uma multiplicidade de problemas relacionados à interpretação dos direitos fundamentais e oferecem a seguinte definição de *direitos fundamentais* nestes termos: “Diretos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício

Os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, visto que “[...] o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”.¹⁷⁵ É neste contexto, conforme o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas na esfera estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito. Os direitos fundamentais integram, para o multicitado jurista, um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.¹⁷⁶

1.5 Dimensões ou “gerações” de direitos fundamentais

Há no estudo da teoria dos direitos fundamentais o debate em torno das dimensões de tais direitos, marcado pela autêntica mutação histórica experimentada por eles.¹⁷⁷

Vale anotar a existência de críticas quanto ao uso de nomenclatura para designar os direitos fundamentais. Segundo Jairo Schäfer, a expressão *gerações de direitos fundamentais*, em virtude de sua imprecisão, pode facilmente induzir em erro por acreditar que os direitos fundamentais sofrem uma sucessão de acordo com o momento histórico, uma geração sendo substituída por outra.¹⁷⁸ Por isso se torna uma compreensão equivocada da temática, pois os direitos fundamentais estão em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento.¹⁷⁹ Em verdade, o fenômeno que se percebe é o da acumulação de direitos. Os direitos de segunda “geração”, ao invés de substituírem, agregam-se aos já existentes direitos fundamentais de primeira “geração”,

do poder estatal em face da liberdade individual”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 54

¹⁷⁵ CABRAL PINTO, 1994 apud SARLET, 2007, p. 71.

¹⁷⁶ SARLET, 2007, p. 71–72.

¹⁷⁷ Nesse sentido, tem-se a ilação de Jairo Schäfer. SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

¹⁷⁸ SCHÄFER, 2005, p. 39. No mesmo sentido é o entendimento de Carlos Weis ao ensinar que a concepção contemporânea dos direitos humanos conjuga a liberdade e a igualdade, do que decorre que esses direitos passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível. E ressalta que em decorrência disso “não há como entender que uma geração sucede a outra, pois há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos mais recentemente”. WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 43.

¹⁷⁹ GALINDO, 2003, p. 57.

e assim sucessivamente, sendo possível afirmar-se que os diversos modos de conceber os direitos não se excluem, mas se complementam e se fortalecem.¹⁸⁰

Pela exposição doutrinária aventada, concorda-se que será possível alcançar uma maior precisão terminológica utilizando a denominação “dimensões” em vez de “gerações” e, por tais motivos expostos *retro*, será a denominação adotada aqui.¹⁸¹

a) Direitos fundamentais da primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles surgidos com o Estado Liberal do século XVIII, de marcado cunho individualista, afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado; singularmente considerados como direitos de defesa ao demarcar uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual ante o poder estatal.¹⁸² São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal, isto é, a igualdade perante a lei. Em seguida são complementados por um leque de liberdades, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, que incluía as liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação do pensamento, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, como o direito de votar e ser votado e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição),¹⁸³ enfim, como consigna Paulo Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos que, em sua maioria, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental.¹⁸⁴

b) Direitos fundamentais da segunda dimensão

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social.

¹⁸⁰ SCHÄFER, 2005, p. 39. No mesmo sentido: SARLET, 2007, p. 54; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 565. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 410.

¹⁸¹ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins recomendam utilizar os termos “categorias” ou “espécies” de direitos fundamentais, da mesma forma como se classifica leis e atos jurídicos em espécies de leis ou categorias de atos jurídicos e não em dimensões do ato jurídico ou da lei. Para eles, deve-se reservar o termo “dimensão” para indicar dois aspectos ou funções dos mesmos direitos fundamentais, ou seja, o objetivo e o subjetivo. DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 36.

¹⁸² SARLET, 2007, p. 56.

¹⁸³ Idem, p. 56.

¹⁸⁴ BONAVIDES, 2004, p. 563.

O que caracteriza estes direitos é a sua dimensão positiva, dado que objetivam não mais obstar as ingerências do estado no âmbito das liberdades individuais, mas exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano, conforme Dirley da Cunha Júnior, passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor.¹⁸⁵ Os direitos fundamentais da segunda dimensão não estão destinados a garantir a liberdade perante o Estado e a proteção contra o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo em face do Estado.¹⁸⁶

Para Ingo Wolfgang Sarlet, estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição do Brasil de 1824 e na Constituição da Alemanha de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor) revelaram uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas ao utilizar-se a formulação preferida na doutrina francesa. Segundo o jurista, foi no século XX, notadamente nas constituições do segundo pós-guerra, que estes direitos foram consagrados em número expressivo de constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.¹⁸⁷

Conforme lição de Paulo Bonavides, os direitos da segunda dimensão compreendem os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, após germinarem por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Ainda, de acordo com o expoente jurista, os direitos da segunda dimensão “[...] nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.¹⁸⁸

Ainda, segundo preleção de Paulo Bonavides, os direitos da segunda dimensão passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em razão de sua própria natureza de direitos ao exigir do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, visto que não continham para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e exe-

¹⁸⁵ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 572.

¹⁸⁶ Idem, p. 572.

¹⁸⁷ SARLET, 2007, p. 57.

¹⁸⁸ BONAVIDES, 2004, p. 564.

cução, cujo fim parece estar perto, para Paulo Bonavides, “*desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais*”.¹⁸⁹

Registre-se que os direitos fundamentais da segunda dimensão tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; ao menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada na feição programática da norma.¹⁹⁰

Do exposto, percebe-se que a passagem para o modelo do Estado Social se impôs, uma vez que os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente por meio de intervenções ilegais do Estado, mas também pelas omissões do poder público.¹⁹¹

c) Direitos fundamentais da terceira dimensão

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) ao caracterizarem-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁹² Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito do consumidor, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. Tais direitos, em razão da sua implicação universal, exigem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial, para sua efetivação. Não têm como finalidade a liberdade ou a igualdade, mas a preservação da própria existência do grupo.

Alguns desses direitos fundamentais da terceira dimensão já lograram obter reconhecimento constitucional, como o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado (CF/1988, art. 225), o direito do consumidor (CF/1988, art. 5º, XXXII e art. 170, V), o direito à paz mundial (CF/1988, art. 4º, VI e VII), o direito à autodeterminação dos povos (CF/1988, art. Art. 4º, III) e o direito ao desenvolvimento (CF/1988, art. 3º, II).¹⁹³

¹⁸⁹ BONAVIDES, 2004, p. 564.

¹⁹⁰ Idem, p. 565.

¹⁹¹ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 575.

¹⁹² SARLET, 2007, p. 58.

¹⁹³ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 576.

d) Direitos fundamentais da quarta dimensão

Atualmente, há forte tendência doutrinária em reconhecer a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, em que pese ainda não ter merecido consagração no âmbito do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

Segundo Paulo Bonavides, essa dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase da institucionalização do Estado Social. Compreendem, de acordo com a lição do jurista, os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁹⁴

O direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica, para o qual convergem todos os interesses do sistema. Nessa democracia globalizada, segundo Paulo Bonavides, o controle de constitucionalidade de todos os direitos de todas as quatro dimensões será obra do cidadão legitimado perante uma instância constitucional suprema.¹⁹⁵

Além dos direitos enumerados, é de se reconhecer também, como direitos de quarta dimensão, o direito ao desarmamento nuclear, como forma de preservação da própria espécie humana, o direito contra a manipulação genética (como a replicação da espécie), o direito à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia.¹⁹⁶

1.6 Acerca da multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais exercem múltiplas funções na ordem jurídica. Isso se justifica não só pelo contexto histórico no qual os direitos fundamentais foram gestados ao dar ensejo versar sobre “gerações” ou dimensões de direitos fundamentais (direitos de liberdade, de igualdade, de solidariedade e de globalização política os quais são, respectivamente, direitos de primeira, segunda, terceira e quarta dimensão) perante as quais cada um desempenha um papel diversificado, como também pela compreen-

¹⁹⁴ BONAVIDES, 2004, p. 571.

¹⁹⁵ Idem, p. 572.

¹⁹⁶ TAVARES, 2006, p. 415.

são da dupla perspectiva subjetiva e objetiva desses direitos, temas que serão adiante desenvolvidos.

A constatação da multifuncionalidade¹⁹⁷ dos direitos fundamentais não constitui nenhuma novidade, visto que não mais se restringem à tradicional função de direitos de defesa contra os poderes públicos, e pode – embora haja novos e importantes desdobramentos vinculados a perspectiva subjetiva e objetiva – ser examinada à luz da teoria clássica dos quatro *status* de Georg Jellinek do final do século passado, onde encontraria sua vertente.¹⁹⁸ Pela importância que ainda hoje exerce esta original concepção e pela sua reconhecida relevância para a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, importa esmerar sobre este tema.

De acordo com a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, o grande publicista alemão Georg Jellinek, na sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos”, enunciou concepção original, de acordo com a qual o indivíduo, vinculado a determinado Estado, encontra sua posição relativamente a este cunhada por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos.¹⁹⁹ Têm-se, então, os quatro *status*: *status subjectionis* ou *status passivo*; *status negativus* ou *status libertatis*; *status civitatis* ou *status positivus*; e *status activus*.

Segundo formulação apresentada por Robert Alexy,²⁰⁰ o *status* consiste numa espécie de estado (uma situação) no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado. Um *status* é, então, uma relação formada entre o indivíduo e o Estado.²⁰¹ Robert Alexy assinala que dentro da esfera do dever individual do que Jellinek denominou de *status passivo* (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado ao Estado, sendo, nesse contexto, meramente detentor de deveres e não de direitos, significando, por outro lado, que o Estado possui a competência de vincular o cidadão juridicamente por meio de mandamentos e proibições estatais.²⁰² Consoante Robert Alexy, além desse *status subjectionis*, Jellinek adota como base a ideia de que,

¹⁹⁷ Canotilho salienta que os direitos fundamentais não podem ser hoje designados de uma única dimensão (subjetiva) e de apenas uma função (proteção da esfera livre e individual do cidadão). Segundo o citado jurista, atribui-se aos direitos fundamentais uma *multifuncionalidade*, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente. CANOTILHO, 2003, p. 1402.

¹⁹⁸ SARLET, 2007, p. 183.

¹⁹⁹ Idem, p. 183.

²⁰⁰ Robert Alexy recorre abundantemente a Georg Jellinek quando discorre acerca do direito fundamental e *status*. Segundo Alexy, a análise empreendida por Jellinek sobre a teoria do *status* se justifica não apenas pela sua importância histórica, teórica e jurídica, mas também por estabelecer fundamento de classificações dos direitos fundamentais. ALEXY, 2007, p. 219.

²⁰¹ ALEXY, 2007, p. 220.

²⁰² Idem, p. 220–221.

por ser dotado de personalidade, ao indivíduo é reconhecido um *status negativus* (ou *status libertatis*),²⁰³ consistente numa esfera individual de liberdade imune ao *jus imperium* do Estado que, na verdade, é poder juridicamente limitado.²⁰⁴ Portanto, de acordo com Robert Alexy,

[...] um status negativo consiste em uma esfera de liberdade individual. Todavia, segundo Jellinek, a esfera de liberdade individual é a espécie 'das ações dos súditos juridicamente irrelevantes para o Estado'. Uma ação deverá ser juridicamente irrelevante para o Estado se, ao menos no que se refere à relação Estado/cidadão, 'não está em condições de provocar [...] um efeito juridicamente relevante'. [...] Uma ação é livre quando não está nem ordenada nem proibida, isto é, quando tanto sua execução como sua omissão estão permitidas.²⁰⁵

O terceiro *status* – e que complementaria o *status negativus* – é o denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas.²⁰⁶ Robert Alexy preleciona que o aludido *status* é mais bem aclarado quando Jellinek disse que o Estado confere ao indivíduo o “*status* de civilidade” quando (1) garante ao indivíduo pretensões para sua atividade e (2) facilita-lhe meios jurídicos para sua realização. E, além disso, Robert Alexy ressalta que Jellinek procura denominar os direitos que o indivíduo pode impor em um procedimento para a proteção de direitos como “pretensões jurídicas positivas formais”.²⁰⁷ Que o indivíduo tenha tais pretensões em presença do Estado significa, primeiro, que perante este possui direitos a algo e, segundo, que tem uma competência para fazê-los exigíveis. Para Jellinek, a existência de uma competência semelhante, é uma condição necessária para que o indivíduo se encontre em um *status positivus*. Conforme o magistério de Robert Alexy, a

²⁰³ Robert Alexy ao fazer alusão a Georg Jellinek quanto ao conceito de *status negativus* ou *status libertatis* escreve: “[...] Es el de la esfera individual de la libertad, del *status* negativo, del *status libertatis*, en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción mediante el acto libre del individuo. Por lo tanto, un *status* negativo consiste en una esfera de libertad individual”. ALEXY, 2007, p. 223.

²⁰⁴ Dirley da Cunha Júnior ensina que no *status negativus* ou *status libertatis* o indivíduo usufrui de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se de liberdades asseguradas contra o Estado, comportando uma situação negativa ou de garantia ante a intromissão do Estado em determinadas matérias. CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 526–527.

²⁰⁵ ALEXY, op. cit., p. 223. Tradução nossa. O original em língua espanhola tem o seguinte teor: “[...] un status negativo consiste en una esfera de libertad individual. Sin embargo, según Jellinek, la esfera de libertad individual es la clase ‘de la acciones de los súditos juridicamente irrelevantes para el Estado’. Una acción deberá ser juridicamente irrelevante para el Estado si, al menos por lo que se refiere a la relación Estado/ciudadano, ‘no está em condiciones de provocar [...] un efecto juridicamente relevante’. [...] Una acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su ejecución como su omisión están permitidas”.

²⁰⁶ Idem, p. 227.

²⁰⁷ Idem, p. 227.

fórmula na qual Jellinek resume as pretensões jurídicas individualizadas formalmente reconhecidas que surgem do *status positivus*, ou seja, a capacidade juridicamente protegida para exigir prestações positivas do Estado, deve ser lida no duplo sentido revelado acima.²⁰⁸

É no *status positivus* que se poderia, *grosso modo*, inserir os assim chamados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais ao salientar aqui a crítica formulada pela atual doutrina concernente à localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.²⁰⁹

Por derradeiro, há o *status activus*, no qual se assegura ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal como membro da comunidade política, o que se pode traduzir, por exemplo, por meio do voto. Refere-se a uma situação ativa, na qual o cidadão desfruta de direitos políticos.²¹⁰

Em suma, com base na teoria clássica de Jellinek, os direitos fundamentais correspondem a cada um daqueles *status*, desempenhando funções distintas, conforme magistério de Dirley da Cunha Júnior. Segundo o citado autor, com fundamento no *status negativus*, o indivíduo titulariza direitos de defesa perante o Estado, em razão dos quais ele pode, quando se sentir ameaçado ou prejudicado por entes ou órgãos estatais, repelir a intervenção ilegítima destes no âmbito de sua autonomia individual garantida por lei. Com arrimo no *status positivus*, pode o indivíduo exigir prestações do Estado para suprir suas necessidades e, finalmente, com supedâneo no *status activus*, o indivíduo tem o direito de participar da vida política de sua comunidade. O *status subjectionis* ou *status passivo*, na verdade, não contempla nenhum direito e, sim, obrigações.²¹¹

Segundo Dirley da Cunha Júnior, a teoria proposta corresponde, de certo modo, ao processo histórico de emancipação da pessoa humana. No início, os homens conquistam a liberdade e passam da condição de mero objeto do Estado à condição de sujeitos de direitos perante esse Estado. Depois, adquirem uma posição jurídica em face

²⁰⁸ ALEXY, 2007, p. 227–228.

²⁰⁹ Oportuna é a análise de João Carlos Simões Gonçalves Loureiro mencionada por Ingo Wolfgang Sarlet, em que aquele baseado na crítica formulada por Robert Alexy observa que, de acordo com a proposição de Jellinek, os direitos de defesa (considerados como tais os direitos a abstenções do Estado) não se poderiam enquadrar em nenhum dos dois *status* referidos, de modo que se torna imperiosa uma leitura extensiva do *status negativus* que, além das liberdades jurídicas não protegidas, também englobaria os direitos de defesa que, por outro lado, (como direitos a ações negativas), também poderiam integrar o *status positivus* em sentido amplo ao ser, sob essa ótica, comuns a ambos os *status*. LOUREIRO, 1995 apud SARLET, 2007, p. 184. Sobre a crítica à arquitetura do sistema esboçada por Jellinek vejam-se as ilações aduzidas por Robert Alexy. ALEXY, op. cit., p. 230.

²¹⁰ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 527.

²¹¹ Idem, p. 527.

do Estado, do qual recebem prestações. Enfim, posteriormente, estão habilitados a participar ativamente do processo político, tornando-se sujeitos do próprio Estado.²¹²

A teoria de Jellinek não está imune a críticas. Examinam-se algumas com o propósito de contribuir para o aperfeiçoamento e adaptação dessa importante teoria aos contornos constitucionais de hoje.

Inicialmente, alerta-se para a circunstância de que se faz uma releitura do *status negativus* (também chamado de *status libertatis*), pois este *status* deve ser compreendido, atualmente, como aquele contemplado e conformado pela própria Constituição e assegurado por ela contra todos os poderes constituídos, inclusive o legislativo. É relevante essa observação, tendo em vista que, para Jellinek, as liberdades do indivíduo eram exercidas apenas no âmbito da lei, encontrando-se à livre disposição do legislador.²¹³ No contexto constitucional atual, os direitos fundamentais em geral, e as liberdades, em especial, vinculam o próprio legislador, não se admitindo disposição legislativa inconstitucional dos direitos fundamentais.²¹⁴

Critica-se também a teoria por ela não haver dado importância ao âmbito material dos direitos fundamentais. De fato, o *status negativus* da teoria de Jellinek é meramente formal e secundário em relação ao *status subjectionis* (ou *status passivo*), considerando o indivíduo tão somente como pessoa abstrata. De certa forma procedem essas críticas devidas a Konrad Hesse,²¹⁵ uma vez que ignorando o homem em sua dimensão histórica e concreta, as liberdades encontram-se à disposição do próprio Estado, de forma que o *status subjectionis* (ou *status passivo*), o qual confere ao Estado a competência geral sobre o indivíduo para obrigá-lo ou proibi-lo, exercida de modo ilimitado, passa a excluir a personalidade e a autonomia do indivíduo. Contudo, valem aqui

²¹² CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 527. *Contrario sensu*, Jorge Miranda sustenta que o quadro proposto estaria longe de ser confirmado pela história, notadamente considerando a democracia ateniense com o seu *deficit* de liberdade individual e o Estado Liberal com direitos políticos, todavia sem direitos sociais. Segundo Jorge Miranda, a história aponta, antes, para a interdependência dos diversos direitos. MIRANDA, 2000, p. 90.

²¹³ SARLET, 2007, p. 184.

²¹⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 528. No mesmo sentido: SARLET, op. cit., p. 184.

²¹⁵ Para Hesse, o *status negativus* (ou *status libertatis*) de Jellinek é meramente formal e secundário em relação ao *status subjectionis* (ou *status passivo*), visto que a pessoa a quem é reconhecido o *status negativus* não é o ser humano e cidadão em sua dimensão histórica e concreta, mas, sim, o indivíduo abstrato, reduzido à capacidade de ser titular de direitos e obrigações. A liberdade garantida por este *status* não é – de acordo com a crítica de Konrad Hesse – relacionada a situações concretas de vida, mas sim, uma liberdade genérica e abstrata de poder exercido de forma ilegal e que se encontra, além disso, à disposição do próprio Estado, de modo que o *status subjectionis*, potencialmente ilimitado, passa a excluir a personalidade e a autonomia individual. Também, para Konrad Hesse, esta concepção formal de uma garantia formal da liberdade abstrata não se harmoniza com o sistema consagrado pelo Direito Constitucional positivo alemão (Lei Fundamental), onde se encontram diversas liberdades fundamentais especificamente previstas e limitadas por cláusulas de reserva legal. HESSE, 1998 apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 528.

as mesmas observações feitas acima, no sentido de que se deve ajustar a teoria dos quatro *status* às exigências do constitucionalismo moderno.²¹⁶

Além disso, no Direito Constitucional contemporâneo, o *status activus* deve ser alargado para integrar também o *status activus processualis* formulado por Peter Häberle, que condiz com a dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, dentro de uma perspectiva objetiva destes direitos.²¹⁷

E também deve merecer a devida atenção o reconhecimento de um *status positivus socialis*, expressão da consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional assim como as demais funções decorrentes da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, que igualmente devem ser consideradas neste contexto. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o que parece relevante é o fato de que a teoria dos quatro *status* de Jellinek, à medida que foi passando por críticas e reparos, foi mantida viva mediante um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional (inclusive no direito pátrio), de modo especial, na qualidade de parâmetro para a classificação dos direitos fundamentais.²¹⁸

1.7 Categorias dos direitos fundamentais sob o ângulo funcional

Tendo em conta a evolução histórica dos direitos fundamentais, pode-se tentar distingui-los conforme a sua matriz *liberal-burguesa* (direitos de liberdade), *democrática* (direitos políticos) ou *social* (direitos sociais). Cumpre informar, porém, que tal critério não é, por si, suficientemente rigoroso para servir de base a uma construção dogmática, embora haja interesse (político, histórico, filosófico, e até antropológico), subjacente a muitas classificações e, de certo modo, à sistemática do articulado constitucional. Entende-se que é na teoria de Jellinek, sumariamente exposta, que se pode encontrar uma das vertentes mais férteis para a obtenção de uma proposta classificatória cientificamente resistente, além de constitucionalmente adequada. Robert Alexy é um dos doutrinadores mais fecundo da atualidade ao ensejar alguma ferramenta teórico-metodológica a aqueles que desejem enveredar no estudo teórico dos direitos fundamentais, em virtude da vastidão das análises expendidas por ele (em especial quanto à classificação dos direitos fundamentais), embora esteja ancorado, ainda que parcial-

²¹⁶ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 528.

²¹⁷ SARLET, 2007, p. 185–186.

²¹⁸ Idem, p. 186.

mente, nas lições de Jellinek.²¹⁹ No direito lusitano, a doutrina de Robert Alexy foi recepcionada (ainda que com ressalvas e com a devida adaptação ao direito positivo) principalmente por Gomes Canotilho.²²⁰ Em solo brasileiro, as ideias de Robert Alexy impulsionaram Ingo Wolfgang Sarlet²²¹ a propor uma classificação dos direitos fundamentais basicamente nos mesmos moldes, categorizando-os em:

1. Direitos fundamentais como direitos de defesa;
2. Direitos fundamentais como direitos a prestações;
 - 2.1 Direitos a prestações em sentido amplo, incluindo:
 - a) Direitos à proteção;
 - b) Direitos à participação na organização e no procedimento;
 - 2.2 Direitos a prestações em sentido estrito.

1.7.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

Segundo Robert Alexy, em referência à clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado na liberdade pessoal e propriedade, ou seja, são direitos a ações negativas (omissões) do Estado.²²² Pertencem ao *status* negativo em sentido amplo.²²³ Os direitos de defesa outorgam ao indivíduo o direito subjetivo de impedir a interferência estatal ilegítima – dissonante das disposições constitucionais – na esfera privada daquele, facultando-lhe, portanto, exigir do Estado uma abstenção, seja de modo que se vede a edição de normas lesivas aos direitos fundamentais ou ainda mediante a omissão dos poderes públicos para evitar violações desses direitos. Entende-se, também, que, tanto quanto possível, os direitos de defesa são oponíveis também aos particulares ao resguardar uma esfera de autonomia do indivíduo em todos os sentidos.²²⁴

Consigna-se, na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, que a “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica a exclusão total do Estado, mas a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da

²¹⁹ ALEXY, 2007, p. 219–232.

²²⁰ CANOTILHO, 2003, p. 407 et seq.

²²¹ A classificação de Robert Alexy apresenta os direitos prestacionais em sentido amplo em três grupos: (1) direitos à proteção; (2) direitos à organização e ao procedimento; (3) direitos prestacionais em sentido estrito. ALEXY, op. cit., p. 393. Nesse sentido é, portanto, a posição de Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, 2007, p. 197 et seq.

²²² ALEXY, op. cit., p. 383.

²²³ Idem, p. 383.

²²⁴ DERBLI, 2007, p. 94.

ingerência pelos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental, de modo que a intervenção no âmbito da liberdade pessoal não é vedada de per si, porém, de forma que apenas a ingerência em desconformidade com a Constituição caracteriza uma efetiva agressão.²²⁵

Em conformidade com a percuciente formulação de Gomes Canotilho, os direitos fundamentais desempenham a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos ao proibir fundamentalmente as intervenções destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissão do Estado, com vistas em evitar agressões lesivas por parte deste.²²⁶

Não há dúvida sobre a inclusão, entre os direitos de defesa, dos denominados direitos fundamentais de primeira “geração” ou dimensão, que são as liberdades fundamentais (de locomoção, de consciência, de manifestação do pensamento, associação, crença etc.) ou chamados de direitos individuais e coletivos (incluindo as garantias constitucionais) ao utilizar a terminologia da Constituição Federal de 1988. Além desses, também são direitos de defesa alguns dos designados direitos sociais, visto que constituem concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências pelos poderes públicos e entidades privadas como, por exemplo, boa parte dos direitos dos trabalhadores positivados nos artigos 7º a 11 da CF/1988 – é o caso da proibição de remuneração inferior ao salário mínimo (art. 7º, IV e VII), da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI), da liberdade de associação sindical (art. 8º), do direito de greve (art. 9º), dentre outros. O próprio reconhecimento do *princípio da proibição de retrocesso social*, desenvolvido no capítulo próprio adiante, já constitui por si só uma demonstração inequívoca da dimensão defensiva dos direitos sociais fundamentais.²²⁷

Ingo Wolfgang Sarlet também alberga os direitos políticos na categoria dos direitos de defesa, sob o argumento de que sua dimensão prestacional é indireta, predominando a sua faceta de oponibilidade ao Estado, idônea a exigir-lhe conduta omissa. Segundo o expoente jurista, os direitos políticos não podem ser desvinculados dos direitos pessoais de liberdade ao constituir com estes, uma espécie de *status* global

²²⁵ SARLET, 2007, p. 198.

²²⁶ CANOTILHO, 2003, p. 408.

²²⁷ SARLET, op. cit., p. 204–205.

da liberdade, o que se manifesta por meio da íntima conexão entre os direitos políticos e as liberdades de reunião, associação, informação, de imprensa e comunicação em geral, igualmente fundamentais para a ordem democrática. Nesse sentido, diverge de Robert Alexy, para quem os direitos políticos estão entre os *direitos prestacionais em sentido amplo*, mais especificamente entre os direitos à participação na organização e procedimento.²²⁸ Por fim, também constam do catálogo de direitos de defesa as chamadas *garantias fundamentais*, aí consideradas não só os direitos–garantias (remédios constitucionais) como também as garantias institucionais²²⁹ (como, por exemplo, da CF/1988, garantia da propriedade – art. 5º, XXII; do direito de herança – art. 5º, XXX; da instituição do Tribunal do Júri – art. 5º, XXXVIII; dos partidos políticos e de sua autonomia – art. 17, *caput*, e § 1º) revestidas de fundamentalidade.²³⁰

Os direitos de defesa exibem em primeiro lugar, o *status negativus* como característica marcante. Além disso, podem os direitos de defesa enquadrar-se no *status activus civitatis*, como é o caso dos direitos políticos, ou mesmo no *status activus processualis*, como pode ocorrer com as garantias fundamentais.²³¹

1.7.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, vinculados à concepção de que ao Estado compete, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, à tarefa de colocar à disposição os meios materiais e im-

²²⁸ SARLET, 2007, p. 208–209.

²²⁹ De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, ao lado de uma grande maioria de direitos–garantias, caracterizados pela sua função dúplice como direitos subjetivos e sua natureza instrumental, são encontrados no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição brasileira também algumas garantias institucionais típicas. Estas, conforme a tradição da publicística latino-americana, costumam ser enquadradas no âmbito das garantias em geral, não tendo encontrado, pelo menos no direito pátrio, um tratamento autônomo e sistemático. Para o referido jurista, no direito luso-brasileiro, as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza. O citado jurista sustenta que “[...] os direitos fundamentais – na condição de garantias institucionais – em que pese não exercerem a função de uma garantia absoluta do *status quo*, protegem o núcleo essencial de determinados institutos jurídico–privados (garantias de instituto) e jurídico–públicos (garantias institucionais), no sentido de que seu objeto constitui um complexo de normas jurídicas. Assim, se tomarmos, por exemplo, a garantia da família (ou entidade familiar), consagrada no art. 226 de nossa Lei Fundamental, constataremos que não é qualquer família que vem a gozar da proteção constitucional, mas, sim, determinada concepção de família, tal como formatada mediante um complexo de normas jurídicas de ordem pública e privada, de tal sorte que a permanência da instituição família é preservada, na verdade, por intermédio da proteção das normas essenciais que lhe dão sua configuração jurídica”. Idem, p. 212–213.

²³⁰ Idem, p. 216–217.

²³¹ DERBLI, 2007, p. 95.

plementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade–autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado ao partir da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.²³² Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* ou *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção pelos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek ao implicar uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).²³³

Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal–burguesa, para o Estado Democrático e Social de Direito ao ser adotado (materializado) na maior parte das constituições do segundo pós–guerra.²³⁴ No constitucionalismo pátrio, em que pese uma tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824, foi a Carta de 1934, inspirada, principalmente, nas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), que inaugurou a fase do constitucionalismo social no Brasil, passando a integrar os direitos fundamentais da segunda dimensão ao nosso direito constitucional positivo.²³⁵

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Além disso, constata-se em outras partes do texto constitucional (até mesmo fora do catálogo dos direitos fundamentais) uma variada sequência de direitos a prestações. Neste contexto, limita-se, aqui, aos direitos fundamentais, basta

²³² SARLET, 2007, p. 217.

²³³ Idem, p. 217. No mesmo sentido é a lição de José Carlos Vieira de Andrade, segundo o qual os direitos a prestações impoem ao Estado o dever de agir, quer seja para defesa dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a atividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efetivo desses bens jurídicos fundamentais. “Em qualquer dos casos, o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação). ANDRADE, 2004, p. 179.

²³⁴ SARLET, op. cit., p. 217.

²³⁵ Idem, p. 217–218.

uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF/1988 (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário) bem como ao art. 5º, XXXV e LXXIV (acesso à justiça e assistência jurídica integral e gratuita).²³⁶

Assim, sob a rubrica genérica de direitos a prestações, podem distinguir-se grupos específicos de posições jurídicas fundamentais. Nesse sentido, para Robert Alexy, uma primeira e importante classificação distingue os direitos prestacionais conforme o seu objeto, dividindo-os em direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais).²³⁷ Por outro lado, há que notar o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais) ao englobar também a categoria dos direitos à proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos pelo Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento. Então, distingue-se entre os direitos a prestações em sentido amplo (*direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento*) que, de certa forma, podem ser reportados essencialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações em sentido estrito (*direitos a prestações materiais sociais*), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.²³⁸

Outra relevante classificação dos direitos a prestações é a que diferencia os direitos derivados dos direitos originários a prestações, conforme análise de Canotilho. Então, para este jurista, sob a rubrica de *direitos derivados a prestações* compreendem-se:

(1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); (2) o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez).²³⁹

Sob outro plano de análise, segundo pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, os *direitos derivados a prestações* podem ser definidos como posições jurídico-

²³⁶ SARLET, 2007, p. 218.

²³⁷ ALEXY, 2007, p. 172.

²³⁸ SARLET, op. cit., p. 220. Importa registrar que a diferenciação entre direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido restrito foi objeto de paradigmática formulação por Robert Alexy, podendo afirmar que, hodiernamente, cresceu muito sua receptividade no seio da doutrina. Sobre diferenciação mencionada acima conferir: ALEXY, op. cit., p. 383 et seq.

²³⁹ CANOTILHO, 2003, p. 478–479.

subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário (ou infraconstitucional).²⁴⁰

Com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos sociais consagra-se a existência de *direitos originários a prestações*, conforme lição de Canotilho, quando:

(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) reconhece-se, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever de o Estado criar meios de informação e de colocá-los à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?²⁴¹

Para Ingo Wolfgang Sarlet, os *direitos originários a prestações* podem ser definidos como os direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços pelo Estado, em outros termos, de direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.²⁴²

Ainda, na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, a distinção entre direitos derivados e originários a prestações não é incompatível com a classificação dos direitos do *status positivus* em direitos prestacionais em sentido amplo e restrito, aplicando-se a ambas. Nesse sentido, para o multicitado jurista, tanto pode existir direitos derivados a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento), quanto em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), valendo o mesmo para os direitos originários a prestações. Da mesma maneira, para o retrorreferido jurista, não se constata incompatibilidade entre essa distinção e a existência de direitos a prestações jurídicas e de natureza fática, de modo que se cuida de critérios complementares de classificação dos direitos a prestações.²⁴³

²⁴⁰ SARLET, 2007, p. 221.

²⁴¹ CANOTILHO, 2003, p. 478–479.

²⁴² SARLET, op. cit., p. 221.

²⁴³ Idem, p. 221.

1.7.2.1 Direitos a prestações em sentido amplo

Assinalara-se em incursões precedentes que o conceito de direito prestacional deve ser entendido ou categorizado em sentido amplo e/ou em sentido estrito.

Robert Alexy sustenta que todo direito a uma ação positiva, isto é, a uma ação do Estado, é um direito prestacional.²⁴⁴ Desta maneira, o direito prestacional é a contrapartida exata do conceito de direito de defesa, ao abrigo do qual incide todo o direito a uma ação negativa, isto é, a uma omissão do Estado. Para Robert Alexy, a escala das ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito prestacional se estende desde a proteção do cidadão perante os outros cidadãos, por meio de normas de direito penal, passa pela criação de normas de organização e procedimento, e alcança até prestações em dinheiro e em bens.²⁴⁵

Segundo Robert Alexy, “[...] em geral, com a expressão ‘direito prestacional’ vincula a concepção de um direito a algo que o titular do direito, caso dispusesse de meios financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de pessoas privadas”.²⁴⁶ Em seguida leciona que todos os direitos prestacionais, como direitos subjetivos, são relações triádicas entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva do Estado.²⁴⁷ Se o titular de um direito fundamental (*a*) tem um direito perante o Estado (*e*) a que realize a ação positiva (*h*), então, o Estado tem perante a (*a*) o dever de realizar (*h*).²⁴⁸ Ainda, de acordo com o ínclito autor, cada vez que existe uma relação de direito constitucional deste tipo, entre o titular de um direito fundamental e o Estado, o titular de direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente o direito.²⁴⁹

Impende informar, sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, que se consideram todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa.²⁵⁰

²⁴⁴ ALEXY, 2007, p. 391.

²⁴⁵ Idem, p. 391.

²⁴⁶ Idem, p. 391. O original da língua espanhola tem o seguinte teor: “[...] por lo general, con la expresión ‘derecho prestacional’ se vincula la concepción de un derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas”.

²⁴⁷ Idem, p. 394.

²⁴⁸ Idem, p. 394.

²⁴⁹ Idem, p. 394.

²⁵⁰ Adota-se como parâmetro o conceito amplo de direitos fundamentais a prestações tal como formulado por Robert Alexy nos termos consignados acima. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Robert Alexy

Para Ingo Wolfgang Sarlet, enquanto os *direitos a prestações em sentido estrito* podem ser reconduzidos à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social (no sentido da criação, fornecimento, mas também da distribuição de prestações materiais já existentes), os *direitos a prestações em sentido amplo* (que incluem os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) podem ser reportados às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva (*status negativus* ou *status libertatis*).²⁵¹

a) Direitos à proteção

Ao ancorar-se nas formulações de Robert Alexy, os *direitos à proteção* podem ser conceituados como os direitos do titular de direito fundamental de exigir do Estado para que este o proteja de intervenções (ou ingerências) de terceiros.²⁵²

O reconhecimento de direitos à proteção pode ser reportado aos desenvolvimentos decorrentes da dimensão jurídico-objetiva, delineada em seguida, dos direitos fundamentais. Nesse contexto, aponta-se à ideia de que ao Estado, em razão do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, incumbe zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas dos poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares a até mesmo de outros Estados, dever este que, por sua vez, converge na obrigação de adotar medidas positivas, com vistas em garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais.²⁵³

parte do ponto de vista de que o direito à prestação pode ser concebido como a exata contrapartida do conceito do direito de defesa, na condição de direito a toda e qualquer atitude de abstenção do Estado, nos termos consignados acima. Nesse sentido, os direitos a prestações englobam toda e qualquer posição jurídica dirigida a um comportamento ativo (ação) do Estado. Robert Alexy justifica a amplitude de sua concepção com base em dois argumentos cardeais (principais). De acordo com o primeiro, é necessário ter em mente que a rubrica **direitos a prestações** compreende uma série complexa de posições jurídicas que podem ter como objeto tanto prestações fáticas, quanto normativas que, por sua vez, apresentam relevantes diferenças estruturais entre si, tornando necessário um enquadramento sistemático e suficientemente completo. Como segundo argumento, Robert Alexy aponta para a circunstância de que os direitos a prestações em geral apresentam problemas comuns que não se aplicam (ao menos não com a mesma intensidade) aos direitos de defesa, de modo especial no que concerne ao fato de os direitos a prestações imporem ao Estado tarefas e fins a implementar, com relação aos quais surge o problema (peculiar aos direitos prestacionais) da possibilidade de gerarem um direito subjetivo para o indivíduo. SARLET, 2007, p. 222.

²⁵¹ SARLET, 2007, p. 222–223.

²⁵² ALEXY, 2007, p. 398.

²⁵³ SARLET, op. cit., p. 223.

Quanto ao objeto dos *direitos à proteção*, é preciso destacar que estes não se circunscrevem à proteção da vida e da integridade física, alcançando tudo o que se encontra sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana em geral, a liberdade, a propriedade, abrangendo também a proteção contra os riscos da utilização pacífica da energia atômica, de modo que são múltiplas as maneiras de realização desta proteção, que pode se efetuar, já mencionado *supra*, por meio de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos e, ainda, mediante atuação concreta dos poderes públicos.²⁵⁴

b) Direitos à participação na organização e no procedimento

Consigna-se a dificuldade de identificar, conforme pontifica Robert Alexy, o objeto dos direitos à participação na organização e procedimento por engendrar relativa imprecisão técnica no uso dos vocábulos *organização* e *procedimento* na doutrina e na jurisprudência alemãs, causada notadamente pelo amplo espectro de posições jurídicas que podem estar abrangidas sob esta rubrica, que variam, como demonstra o referido autor, desde direitos à tutela judiciária efetiva, que, para o autor, ninguém duvidaria em chamá-los de “direitos a procedimentos”, até aqueles direitos a medidas estatais na esfera organizatória, tais como a participação nos colegiados das universidades.²⁵⁵ Para Robert Alexy, a utilização conjugada das expressões “organização” e “procedimento” somente é possível se identificar alguma afinidade que justifique esta aglutinação. A afinidade que justifica esta aglutinação está na ideia de procedimento, considerando-se esta em sentido amplo, no sentido de sistema de regras e/ou princípios destinados à obtenção de resultados. Então, segundo Robert Alexy, o conceito amplo de procedimento compreende tudo aquilo que recai sob a fórmula “*realização e garantia dos direitos fundamentais por meio da organização e do procedimento*”.²⁵⁶ O multicitado autor sustenta que as normas de procedimento e de organização devem criar de tal maneira que, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, o resultado seja de acordo com os direitos fundamentais.²⁵⁷ Ainda no que diz com o objeto dos direitos de participação na organização e procedimento, Robert Alexy lembra que estes tanto podem ser qualificados como direitos à emissão de determinadas normas procedimentais, quanto direitos a

²⁵⁴ SARLET, 2007, p. 224.

²⁵⁵ ALEXY, 2007, p. 419.

²⁵⁶ Idem, p. 419.

²⁵⁷ Idem, p. 419.

uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais; salientando, em seguida, que o direito procedimental, sob a forma do direito à tutela jurídica efetiva, está dirigido aos tribunais de justiça, e que os direitos procedimentais ao terem como objeto a criação de normas procedimentais, estão dirigidos ao legislador.²⁵⁸

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que há uma estreita ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais ao admitir, nesse contexto, uma influência recíproca entre as três categorias, no sentido de que, se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes exercem também uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta à medida que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos ao servir, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais.²⁵⁹

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental. Além disso, para o citado jurista, que importantes liberdades pessoais somente atingem um nível de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizativo e coordenativo, em regra de natureza normativa.²⁶⁰ É com base nessas constatações, segundo o multicitado jurista, que se verifica a necessidade dos denominados direitos à participação na organização e no procedimento, na qualidade de posições jurídico-prestacionais fundamentais.²⁶¹

Felipe Derbli exhibe como exemplos de prestações relacionadas com os direitos à participação na organização e no procedimento a atividade jurisdicional – art. 5º, XXXV, da CF/1988 – (excluídas, no entanto, as garantias fundamentais de natureza processual que, como já visto, são direitos de defesa) e, dentre os políticos, o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso gratuito à propaganda política nos meios de comunicação (art. 17, § 3º, da CF/1988),²⁶² visto que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democra-

²⁵⁸ ALEXY, 2007, p. 420.

²⁵⁹ SARLET, 2007, p. 225.

²⁶⁰ Idem, p. 227–228.

²⁶¹ Idem, p. 228.

²⁶² DERBLI, 2007, p. 96.

cia), quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.²⁶³

1.7.2.2 Direitos a prestações em sentido estrito

Compreendem as normas definidoras de direitos fundamentais que consagram direitos a prestações materiais pelos seus destinatários na categoria dos direitos fundamentais a prestações *stricto sensu* que, por outro lado, identifica-se, conforme leciona Robert Alexy, com a dos direitos sociais fundamentais como, por exemplo, direito à seguridade social, ao trabalho, à moradia, à educação, à saúde etc.²⁶⁴ Estes decorrem de um processo de desenvolvimento que foi assentado a partir da Constituição francesa, encontrando-se vinculado à questão social do século XIX.²⁶⁵

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a recondução dos direitos a prestações fáticas a um *status positivus socialis* dos indivíduos, deve-se distinguir quanto ao Direito Constitucional positivo pátrio, no qual o conceito de direitos sociais fundamentais não se restringe à dimensão prestacional ao abranger igualmente o que se poderia denominar (para se manter fiel à inspiração jellinekiana) de um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais (por exemplo, pelo direito de greve e da liberdade sindical), pelas concretizações do princípio da isonomia e da proibição de discriminações, e por todas as posições jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa.²⁶⁶

Os direitos sociais fundamentais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, uma vez que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser implementada. Além disso, os direitos sociais fundamentais visam a uma igualdade real para todos, alcançável apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade. Pode-se afirmar, nesse contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos sociais fundamentais.²⁶⁷

²⁶³ SARLET, 2007, p. 228.

²⁶⁴ ALEXY, 2007, p. 443.

²⁶⁵ SARLET, op. cit., p. 231–232.

²⁶⁶ Idem, p. 231.

²⁶⁷ Idem, p. 232.

À medida que já demonstrado a existência de direitos a prestações em sentido amplo ao abrangerem, em princípio, os direitos a prestações jurídicas (normativas) estatais, poderia questionar a referida identidade entre os direitos a prestações em sentido estrito (no sentido de direitos a prestações fáticas) e os direitos sociais prestacionais. Dito de outra maneira, tem de verificar se os direitos a prestações materiais se limitam aos direitos sociais prestacionais ou se estes podem ser considerados apenas uma espécie do gênero direitos a prestações em sentido estrito, que, conseqüentemente, teriam um objeto mais amplo, ainda que mais restrito do que os direitos a prestações *lato sensu*. Nesse contexto, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet, assume importância a distinção formulada pelo publicista alemão Murswiek entre o *status positivus libertatis* e o *status positivus socialis*, sob o aspecto de dimensões específicas do *status positivus*, representado pelos direitos a prestações em sentido amplo.²⁶⁸

A dificuldade encontra-se, por sua vez, estreitamente vinculada ao conteúdo da prestação, que constitui o objeto dos direitos prestacionais em sentido amplo e estrito. De início, pode-se aceitar a já anunciada tarefa dos direitos sociais (aqui considerados em sentido amplo), na condição de elementos de realização da igualdade e liberdade reais, considerados como fatores de consecução da justiça social, visto que se encontram ligados à obrigação da comunidade (sociedade) para com o fomento ativo da pessoa humana.²⁶⁹

O Estado Social de Direito, também denominado de Estado do Bem-Estar, distingue-se justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social, de tal modo que, juntamente com os direitos sociais, pode ser rotulado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa.²⁷⁰

Percebe-se que os direitos sociais prestacionais se encontram intimamente vinculados às tarefas exercidas pelo Estado na condição de Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes. Então, os direitos sociais, como direitos a prestações, se dirigem ao fornecimento de bens que podem, eles próprios, ser tidos como parte integrante da liberdade real, de

²⁶⁸ De acordo com a concepção de Dietrich Murswiek, mencionado por Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos do primeiro grupo são formados pelos direitos à proteção e à organização e ao procedimento, encontrando-se, portanto, vinculados diretamente à atuação do Estado na condição de Estado Liberal do Direito, ao passo que os direitos a prestações fáticas devem ser reportados à atividade do Estado como Estado Social de Direito. SARLET, 2007, p. 235.

²⁶⁹ Idem, p. 235.

²⁷⁰ Idem, p. 235.

forma que o Estado pode ser considerado como destinatário de uma pretensão de fornecimento.²⁷¹

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como os direitos prestacionais (positivos) correspondem uma dimensão negativa. Assim, para o multicitado jurista, verifica-se que os direitos fundamentais, de modo geral, possuem uma dúlice função negativa e positiva como, por exemplo, o direito à moradia que, na condição de direito a ações positivas (fáticas ou normativas) voltadas à promoção e satisfação das necessidades materiais ligadas à moradia, pode ser definido como direito a prestações. Por outro lado, a moradia (agora na condição de direito negativo) também é protegida contra ingerências externas, sejam elas oriundas do Estado, sejam elas advindas de esfera jurídico-privada. Tem-se, portanto, que um mesmo direito fundamental, abrange muitas vezes um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e deveres, negativos e positivos.²⁷²

Impende informar que a questão a ser veiculada nesta dissertação diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos sociais fundamentais, uma vez que decorrem diretamente da suprema dignidade da pessoa humana, devendo ser, desde logo, reconhecida e assegurada, pois todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial. É incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos sociais fundamentais, que são autênticos direitos subjetivos.²⁷³

Sobre a eficácia dos direitos sociais e a questão da reserva do possível, bem como a natureza cláusula pétrea dos direitos sociais, além de outras particularidades, serão objeto de profunda análise no terceiro capítulo.

²⁷¹ SARLET, 2007, p. 235.

²⁷² *Idem*, p. 237.

²⁷³ Canotilho sustenta que os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, direito à assistência social, direito à educação, direito à previdência social etc.), uma vez alcançado determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. CANOTILHO, 2003, p. 338–339.

1.8 A natureza subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

A moderna teoria dos direitos fundamentais vem reconhecendo uma dupla natureza ou dimensão,²⁷⁴ ou, ainda, dupla perspectiva dos direitos fundamentais, uma vez que esses podem ser qualificados tanto como *posições jurídicas subjetivas* essenciais de proteção da pessoa, como *valores objetivos* básicos de conformação do Estado Constitucional de Direito ao manifestar-se, todavia, ora como *limites objetivos de racionalização* do poder e como vetor para a sua atuação. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser apurados não apenas sob a ótica das posições subjetivas conferidas a seus titulares (e nesse sentido eles são autênticos direitos subjetivos), mas também sob o enfoque da construção de situações jurídico-objetivas que concorram para o atendimento das expectativas por eles fomentadas.²⁷⁵

Nesse contexto, os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica. Além disso, os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como garantias de defesa do indivíduo contra o abuso estatal, mas também como um conjunto de valores objetivos básicos e diretrizes da atuação positiva do Estado. Os direitos fundamentais são, portanto, e a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de *exigir* os seus interesses perante os órgãos estatais ou perante qualquer outro eventualmente obrigado, que se contraem do *dever jurídico* de satisfazê-los, sob pena de

²⁷⁴ Não confundir o tema de que ora se cuida com o já discorrido: dimensões ou “gerações” de direitos fundamentais. Alude-se à existência de uma “dupla dimensão”, de uma “dupla natureza”, de um “duplo caráter” ou de uma “dupla função”. Em qualquer dos casos, subjetiva e objetiva, individual e comunitária dos direitos fundamentais. ANDRADE, 2004, p. 114.

²⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 590. Gomes Canotilho faz referência à fundamentação subjetiva e à fundamentação objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais que, para ele, exprimem as seguintes acepções: “[...] Com esta ideia de **fundamentação subjetiva** procura-se salientar basicamente o seguinte: um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37º/1 da CRP, o ‘direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio’, verificar-se-á um fundamento subjetivo ou individual se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias. Fala-se de uma **fundamentação objetiva** de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta ‘fundamentação objetiva’ que se pretende salientar quando se assinala à ‘liberdade de expressão’ uma ‘função objetiva’, um ‘valor geral’, uma ‘dimensão objetiva’ para a vida comunitária (‘liberdade institucional’). CANOTILHO, 2003, p. 1256–1257. Grifos no original.

serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.²⁷⁶ Este consenso mínimo, representado pelos elementos normativos que recebem um *status* hierárquico diferenciado no ordenamento jurídico como os direitos fundamentais,²⁷⁷ os quais passam a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a eles estar diretamente vinculado.²⁷⁸

Conforme profícuo escólio de Ingo Wolfgang Sarlet, quando se refere aos direitos fundamentais tem-se a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, surge a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.²⁷⁹ Nesse sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de José Carlos Vieira de Andrade, está jungido (ligado) “[...] à proteção intencional e efetiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.²⁸⁰

Consigna-se que o direito subjetivo fundamental é apreendido e tomado em sentido amplo, uma vez que para o titular de um direito fundamental se abre um fei-

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 2, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2008.

²⁷⁷ A inserção dos direitos fundamentais em posição de supremacia ou privilegiada na esfera das constituições é fruto, para Thiago Lima Breus, dos vários compromissos sociais do Poder Constituinte que, invariavelmente, apresentam-se de forma antagônica. Essa é uma das razões pelas quais a Constituição Federal assegura direitos opostos e conflituosos, como a proteção do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento, dentre outros. Esses compromissos divergentes promovem a ocorrência de conflitos, tanto específicos, quanto gerais no âmbito do próprio sistema constitucional. BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 44. Thiago Lima Breus leciona que os conflitos específicos são os decorrentes dos compromissos sociais contraditórios da Constituição e são resolvidos na aplicação concreta da Constituição, tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública por meio de interpretação, com a utilização de técnicas específicas, pela aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização e por intermédio da priorização de objetivos. *Idem*, p. 45.

²⁷⁸ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o poder público e as entidades privadas estão vinculados aos direitos fundamentais, visto que a vinculação a estes (direitos fundamentais) constitui precisamente uma das dimensões da eficácia, à medida que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação. SARLET, 2007, p. 388.

²⁷⁹ *Idem*, p. 178.

²⁸⁰ ANDRADE, 2004, p. 119.

xe de possibilidades, que se encontram condicionadas à conformação concreta da norma que o consagra (direito fundamental). De um modo geral, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet, pode-se afirmar que uma série de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo fundamental se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que alude ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades pretensões e poderes da mais diversa natureza e inclusive o fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários.²⁸¹ Nesse contexto, cumpre assinalar que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota de subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça da forma mais acentuada.²⁸² Então, no âmbito da denominada dimensão subjetiva, fala-se de direitos fundamentais subjetivos ao referir à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.²⁸³

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, essa dupla dimensão – subjetiva²⁸⁴ e objetiva – dos direitos fundamentais está delineada na precisa e apurada decisão proferida em 1958, no caso *Lüth*, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, muito evocada em doutrina e jurisprudência alemãs, segunda a qual os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.²⁸⁵

Advirta-se, desde logo, que o reconhecimento de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se refere ao fato de que qualquer posição jurídica subjeti-

²⁸¹ SARLET, 2007, p. 178–179.

²⁸² *Idem*, p. 179.

²⁸³ *Idem*, p. 180.

²⁸⁴ Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva, pois ambas mantêm uma relação de remissão e de complemento recíproco. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 256.

²⁸⁵ *BVerfGE 7, 198/204* apud SARLET, 2007, p. 168.

va pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.²⁸⁶ A face objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva²⁸⁷ e, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, conseqüentemente, de funções distintas de direitos fundamentais.²⁸⁸ A doutrina atribui para a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais uma espécie de mais-valia ou de um *plus* jurídico, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais.²⁸⁹

Dirley da Cunha Júnior assinala que ambas as dimensões dos direitos fundamentais produzem o efeito fundamentador do *status* jurídico-constitucional da pessoa: como direitos subjetivos, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucional do particular, como homem e como cidadão, correspondendo às exigências de uma ação negativa (ou seja, de defesa do espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva (isto é, de atualização das liberdades garantidas) de outrem; como elementos objetivos fundamentais da ordem democrática, os direitos fundamentais inserem o particular na coletividade, constituindo as bases da ordem jurídica dessa comunidade.²⁹⁰

O jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade pontifica que os preceitos atinentes aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, como posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade (ou coletividade), como valores ou fins que esta se propõe respeitar e concretizar.²⁹¹

Por um lado, segundo o citado jurista, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em torno deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objetivas de ordenação da vida social. Por outro lado, a dimensão objetiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, como complemento e suplemento da dimensão subjetiva, ao se retirarem dos preceitos constitu-

²⁸⁶ ANDRADE, 2004, p. 115. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação. SARLET, 2007, p. 169.

²⁸⁷ ANDRADE, op. cit., p. 116.

²⁸⁸ SARLET, op. cit., p. 169.

²⁸⁹ ANDRADE, op. cit., p. 142. Saliente-se que a expressão “mais-valia” utilizada por José Carlos Vieira de Andrade não deve ser entendida no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, porém como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

²⁹⁰ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 592.

²⁹¹ ANDRADE, op. cit., p. 115.

cionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de direitos aos indivíduos. A dimensão objetiva reforçaria a imperatividade dos direitos individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade.²⁹²

O reconhecimento da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais tem implicado consequências expressivas. Em síntese lapidar, Paulo Bonavides enumera algumas das mais importantes que serão, em seguida, parcialmente comentadas. Segundo o renomado jurista, dessa dimensão resultaram significativas inovações constitucionais, tais como: a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito; b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição; c) a eficácia vinculante em relação aos poderes estatais; d) a aplicabilidade direta e a eficácia imediata dos direitos fundamentais com perda do caráter de normas programáticas; e) a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e servindo de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros; g) a aquisição de um duplo caráter, ou seja, os direitos fundamentais conservam a dimensão subjetiva – da qual nunca se podem apartar, pois, se o fizessem, perderiam parte de sua essencialidade – e recebem um aditivo, uma nova qualidade, um novo feitio, que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo valorativo-decisório; h) a elaboração do conceito de *concretização*, de grau constitucional, de que se têm valido, com assiduidade, os tribunais constitucionais do “Velho Mundo” na sua construção jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais; i) o emprego do princípio da proporcionalidade vinculado à hermenêutica *concretizante*; e j) a introdução do conceito de pré-compreensão, sem o qual não há concretização.²⁹³

Consequência relevante a ser comentada, decorrente diretamente da aceção axiológica da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais da comunidade, em consonância com a lição de Dirley da Cunha Júnior, consiste na aceitação de que os direitos fundamentais devem ter sua eficácia aferida não só sob o ângulo do indivíduo perante o Estado, mas também sob o ângulo da comunidade na qual o indivíduo se encontra inserido. Em razão dessa implicação, o exercício dos direitos subjetivos pe-

²⁹² ANDRADE, 2004, p. 115.

²⁹³ BONAVIDES, 2004, p. 588–589.

lo indivíduo está sujeito ao seu reconhecimento pela comunidade da qual faz parte, de modo que é plenamente justificável e legítima, com base nessa dimensão axiológica objetiva dos direitos fundamentais, a imposição de restrições aos direitos subjetivos individuais ante os interesses superiores da comunidade, e até a limitação do conteúdo e alcance desses direitos, desde que preservado o núcleo essencial destes, ou seja, seu conteúdo mínimo. Daí afirmar-se que ante essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais se explica, por exemplo, a imposição do uso de cinto de segurança: o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades.²⁹⁴

Outro desdobramento estreitamente relacionado à dimensão objetiva valorativa dos direitos fundamentais reside na *eficácia dirigente* que eles produzem em relação aos órgãos do Estado. Com base nela, pode-se sustentar que os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever permanente de concretizá-los e realizá-los. É nessa perspectiva que se vislumbra com mais exatidão o direito fundamental à efetivação da Constituição, que incumbe a todos os órgãos do Estado o dever-poder de concretizar e realizar, não só os direitos fundamentais, como toda a Constituição.²⁹⁵

Ingo Wolfgang Sarlet assinala que a ordem genérica de efetivar todos os direitos fundamentais não se confunde e nem afasta a existência de normas de direitos fundamentais específicas de cunho impositivo, determinando ao legislador a concretização de certas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos.²⁹⁶

Os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, ainda como qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva

²⁹⁴ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 593. No mesmo sentido a lição expendida por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*: “[...] Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis. Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado. A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos. Outra importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, providas de particulares ou de outros Estados”. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 256–257.

²⁹⁵ SARLET, 2007, p. 172.

²⁹⁶ Idem, p. 172.

subjetiva, servem de referência ou parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos do poder público.²⁹⁷

Além das consequências propiciadas pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais na sua acepção axiológica, a doutrina tem apontado para a existência de certas implicações geradas por essa mesma dimensão, porém com função autônoma, no sentido de não necessariamente vinculadas aos direitos fundamentais numa dimensão subjetiva. Como primeira implicação destaca, segundo a doutrina alemã, a *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, que os identifica como diretrizes ou vetores para a aplicação e interpretação de normas infraconstitucionais, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais ao ser considerada, ainda com restrições, como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição.²⁹⁸ Associada a esse efeito irradiante dos direitos fundamentais, há ainda a importante consequência da denominada *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia irradiante desses direitos na esfera privada (relações entre indivíduo e indivíduo).²⁹⁹

Apointa-se, ainda, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais enseja um *dever de proteção* do Estado ao qual incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela defesa daqueles direitos contra agressões oriundas, não só dos próprios poderes públicos, mas também dos particulares ou de outros Estados. Essa incumbência converge na obrigação de o Estado adotar medidas positivas de diversas naturezas (por exemplo, por meio de proibições, injunções concretas, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, processual, procedimental etc.) com o objetivo precípuo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.³⁰⁰ Neste particular, colhe-se da Constituição Federal a determinação ao legislador de um dever de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII), do dever de assegurar a proteção das participações individuais em obras coletivas (art. 5º, XXVIII). No âmbito dos direitos sociais fundamentais,

²⁹⁷ A esse respeito vejam-se as ilações de José Carlos Vieira de Andrade. ANDRADE, 2004, p. 158–159.

²⁹⁸ SARLET, 2007, p. 173, 407.

²⁹⁹ Idem, p. 174, 407.

³⁰⁰ Idem, p. 175. No mesmo sentido: MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 257. Os eminentes juristas, na página 257, entendem que existe alguma intervenção da dimensão objetiva no âmbito da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e de forma lapidar aduzem o seguinte: “[...] O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais. Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva à medida que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade”.

merecem destaque as normas do art. 7º, inciso X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inciso XXVII (proteção legal contra a automação) e art. 7º, inciso XX (proteção do mercado de trabalho da mulher); constituem hipóteses que de forma mais evidente anunciam deveres expressos de proteção pelo Estado mediante medidas legislativas na órbita dos direitos fundamentais.³⁰¹

Conexa com essa perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais cumpre mencionar, por fim, a considerável função dos direitos fundamentais de servirem de parâmetro para a criação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento. Nesse sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção dos direitos fundamentais a fim de evitar os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. Nesse contexto, há que considerar a íntima vinculação entre direitos fundamentais, organização e procedimento, no sentido de que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte destes), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e sobre as estruturas organizacionais.³⁰²

O reconhecimento da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais deve ser considerado, sem dúvida, como uma das mais relevantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais, a ponto de alguns autores terem afirmado que a novel perspectiva jurídico-objetiva tem provocado a chamada “*hipertrofia dos direitos fundamentais (Bettermann)*”.³⁰³ A descoberta dessa dimensão objetiva revela que os referidos direitos, para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos e procedimento que desempenham

³⁰¹ SARLET, 2007, p. 175.

³⁰² Idem, p. 176. No mesmo sentido, tem-se a pertinente a lição de José Carlos Vieira de Andrade. ANDRADE, 2004, p. 150–153.

³⁰³ BONAVIDES, 2004, p. 587. De acordo com o insigne jurista (2004, p. 587–588), a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais provocou uma expressiva variação qualitativa na compreensão dos direitos fundamentais, uma vez que rompeu e mudou uma antiga relação direta, exclusiva e unidimensional entre o cidadão e o Estado característica do *status negativus* e do subjetivismo individualista do regime liberal, sucedendo outra relação, agora mais ampla, pluridimensional e plurifuncional, característica do *status positivus*, mediante o qual se reconciliam o cidadão, a Sociedade e o Estado, de modo que os direitos fundamentais, outrora jungidos (ligados) à relação cidadão–Estado, extrapolam-na, ganhando validade universal e compondo a abóbada de todo o ordenamento jurídico como direito constitucional de cúpula.

função de significativa importância na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação.³⁰⁴

Finalmente, é necessário elucidar que, na relação entre as duas dimensões ora delineadas, há de prevalecer a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais por dois argumentos, conforme leciona Robert Alexy: o primeiro reside na própria finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de cunho coletivo) que consiste na proteção do indivíduo e não da coletividade, ao passo que a dimensão objetiva desempenha uma função de reforço da proteção jurídica dos direitos fundamentais subjetivos; o segundo argumento (que Robert Alexy designa de argumento da otimização), refere-se ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, pois o reconhecimento dos direitos subjetivos implica um grau maior de realização dessas normas-princípios definidoras de direitos fundamentais, do que a previsão de obrigações de natureza meramente objetiva.³⁰⁵

1.9 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria

Propõe-se fazer aqui uma reflexão sobre as relações complexas entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais com arrimo nas análises do ínclito jurista lusitano professor Jorge Reis Novais que, por sua vez, recorre à ideia originária de Ronald Dworkin,³⁰⁶ segundo o qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um *trunfo* num jogo de cartas.³⁰⁷ A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado, pois a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, supera a força do número, da quantidade.³⁰⁸

Em conformidade com a lapidar teorização de Jorge Reis Novais aplicada ao sistema jurídico do Estado de Direito, e tendo em conta que o outro “jogador” é o Estado, visto que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais perante o Estado, pode-se afirmar que

[...] ter um direito fundamental significará, então, ter um **trunfo contra o Estado**, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime po-

³⁰⁴ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 595.

³⁰⁵ ALEXY, 1990 apud SARLET, 2007, p. 181.

³⁰⁶ Jorge Reis Novais dedica-se a revisitar a concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria ao recorrer aos delineamentos expendidos na obra “Rights as trumps” de Ronald Dworkin.

³⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 17.

³⁰⁸ Idem, p. 17.

lítico baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o Estado de Direito e democracia.³⁰⁹

O Estado de Direito, segundo Jorge Reis Novais, exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito.³¹⁰ Por sua vez, do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem cooriginariamente exigências de igualdade e liberdade individual que conduzem, de forma direta e necessária, à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.³¹¹ Isso porque:

- a) Sem garantia dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido atual de dignidade da pessoa humana ficaria amputado de uma dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da consequente igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade. Por outro lado, num quadro não democrático a separação de poderes tenderia a desaparecer e, com concentração dos poderes do Estado, os direitos individuais sofreriam uma correspondente e inevitável desvalorização. Por último, e no mesmo sentido da íntima atração entre os princípios, sem a legitimação democrática que lhe seria conferida pela eleição livre e universal o poder político ficaria privado da legitimidade que o habilitaria à intervenção social de promoção das condições fáticas da liberdade individual.

³⁰⁹ NOVAIS, 2006, p. 17–18. Grifo nosso. Reporta-se, aqui, ao princípio de que o Estado de Direito, conforme lição de Jorge Reis Novais, é o Estado limitado e vinculado juridicamente à garantia e à promoção dos direitos fundamentais. Idem, p. 18.

³¹⁰ Idem, p. 19.

³¹¹ Idem, p. 19. Importa consignar, em consonância com a lição de José Afonso da Silva, que a concepção mais comum que sustenta a integração ou assimilação entre direitos fundamentais e democracia encontra-se no conceito de Estado Democrático de Direito ou num conceito de democracia adjetivada que integre solidamente a presença e a garantia dos direitos fundamentais. A Constituição portuguesa instaura o Estado de Direito Democrático (art. 2º, da CRP/1976), com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre esta Constituição com a Constituição brasileira (art. 1º), a qual emprega a expressão mais adequada, em que o “democrático” qualifica o Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica. SILVA, 2007b, p. 119.

- b) A referida integração resulta ainda, num movimento de sentido inverso, do fato de a democracia exigir também o Estado de Direito (direitos fundamentais). Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia. Sem a possibilidade de exercício dos direitos, designadamente os políticos, não se pode garantir a participação de todos, com o que a regra da maioria falha a racionalidade que a justifica; caso prive parte da população de direitos, se não lhe reconhecesse igual consideração no processo de deliberação, caso iniba ou não se assegurasse a sua igual presença na governação (ou governança), caso diminua o seu estatuto e não se garantisse a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efetividade e autonomia, a vida democrática não seria livre, nem igualitária e, logo, o poder não seria democrático.³¹²

Segundo Jorge Reis Novais, a metáfora dos trunfos cunhado por Ronald Dworkin, para quem *direito como trunfo* significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam como trunfos contra preferências externas, especificamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.³¹³ Nesse sentido, fala-se em direitos como trunfos que entrincheiram (defendem, protegem) os bens de liberdade e autonomia contra decisões políticas, mesmo que estas pretendessem justificar na necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular da vida boa.³¹⁴

Apesar da novidade da designação, a ideia dos direitos como trunfos acaba por ter uma origem e fundamento que, em termos substanciais, pode ser tratada numa linha de continuidade doutrinária e institucional profundamente enraizada na história do Estado Constitucional.³¹⁵

Doutrinariamente, de acordo Jorge Reis Novais, essa linhagem vem do iluminismo e da sua concepção dos direitos fundamentais individuais como algo de natu-

³¹² NOVAIS, 2006, p. 19–20.

³¹³ DWORKIN, 1977 apud NOVAIS, 2006, p. 28.

³¹⁴ Idem, p. 28.

³¹⁵ Idem, p. 29.

ral, pré e supraestatal; encontra-se posteriormente na reflexão sobre a natureza do Estado de Direito Liberal, designadamente no chamado princípio da repartição ou distribuição de Schmitt para o qual, em Estado de Direito, a liberdade é, em princípio, ilimitada e a possibilidade de o Estado nela intervir é, em princípio, limitada; está na defesa da prioridade das liberdades de base (RAWLS), na concepção dos direitos fundamentais como armaduras (SCHAUER), na definição de direitos fundamentais como algo tão importante que não pode ser deixado às decisões da maioria parlamentar simples (ALEXY).³¹⁶

Por sua vez, no plano institucional, encontra-se refletida: na própria ideia de constituição e declarações de direitos; na prática norte-americana da *judicial review*; na descoberta *weimariana* das garantias institucionais; na defesa e consagração, pelos novos constitucionalismos, do direito ao desenvolvimento da personalidade entendido como liberdade geral de ação jusfundamentalmente protegida; na revitalização da jurisdição constitucional com o ressurgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra; nos documentos e jurisdições internacionais de defesa e garantia dos direitos contra os Estados nacionais.³¹⁷

Segundo Jorge Reis Novais, essa linhagem tem como princípio unificador a ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, de vinculação jurídica do poder político à observância dos direitos, mesmo quando esse poder é democraticamente legitimado e orientado à prossecução do bem comum.³¹⁸ E essa noção tem na sua base, em suma e numa síntese atualizadora, o reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa que fundamenta a delimitação de uma esfera de autonomia e liberdade individuais de que o Poder não dispõe.³¹⁹

Numa concepção compatível com o fato do pluralismo próprio de uma sociedade aberta, a dignidade da pessoa humana, consoante lição de Jorge Reis Novais, significa a insuscetibilidade de tratamento da pessoa como mero objeto do poder estatal, como instrumentalização ou coisificação da pessoa nas mãos do Estado.³²⁰ Dessa concepção kantiana de dignidade – que pode constituir o núcleo indiscutível de um princípio juridicamente operativo e generalizável de dignidade da pessoa humana – resulta, para cada indivíduo, uma margem de autonomia e liberdade pessoal que o poder de Estado tem de respeitar.³²¹

³¹⁶ NOVAIS, 2006, p. 29.

³¹⁷ Idem, p. 29–30.

³¹⁸ Idem, p. 30.

³¹⁹ Idem, p. 30.

³²⁰ Idem, p. 30.

³²¹ Idem, p. 30.

Para Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, pois é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem.³²² Daí resulta, conforme preleção do citado jurista, a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável, como, sobretudo, e para o que aqui importa, juridicamente vedada, visto que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade, inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, como tal, constitucionalmente rejeitada.³²³

Segundo o multicitado jurista lusitano, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a opinião de cada um, e a possibilidade de exprimi-la, de lutar por ela e de viver segundo os próprios padrões, é tão valiosa quanto à opinião do outro.³²⁴ Cada um tem, garantida pelo Estado de Direito, uma esfera de autonomia e liberdade individual que a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples fato de ser maioria, pelo simples fato de a autonomia individual se orientar num sentido rejeitado ou hostilizado pela maioria. É como concretização e expressão dessa ideia que se entende a imagem do trunfo ao cobrar pleno sentido: a decisão democrática de muitos, da maioria, não quebra o direito fundamental de um; o trunfo que lhe é dado pelo direito fundamental, o que aqui equivale a dizer, que lhe advém do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, trunfa o interesse individual e dá-lhe uma especial força de resistência, de armadura, perante a qual se detém e cede a decisão democrática da maioria.³²⁵

Assente e reinterpretada à luz do princípio da igual dignidade da pessoa humana, ela não se confina aos direitos políticos, mas é extensiva a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais). Por outro lado, para além de uma função diretamente orientada à garantia da qualidade da democracia, a concepção dos direitos

³²² NOVAIS, 2006, p. 30–31.

³²³ Idem, p. 31.

³²⁴ Idem, p. 31.

³²⁵ Idem, p. 31.

como trunfos significa, também, a proteção de todos os direitos fundamentais da pessoa contra restrições essencial ou determinantemente decorrentes de tentativas de imposição de concepções ou mundividências (visões de mundo) particulares ou de doutrinas compreensivas sustentadas conjuntamente no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas. Por último, é um recurso especialmente adequado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento ou marginalidade não lhes permita, mesmo em quadro de vida democrático, a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais mediante meios comuns da participação política ou da luta social ou sindical.³²⁶

1.9.1 A posição dos direitos fundamentais como trunfos no Estado Democrático de Direito

Na base do problema que aqui considera está, então, a posição, para Jorge Reis Novais, dos direitos fundamentais na relação jurídico-constitucional entre princípio democrático e princípio do Estado de Direito. Enquanto o princípio democrático se identifica ou com a legitimação do título e exercício do poder político a partir da livre escolha majoritária do eleitorado – a premissa majoritária – ou com o regime em que a todos os cidadãos é dada a oportunidade de se constituírem em parceiros ativos e iguais de um autogoverno coletivo – a premissa de parceria, o princípio do Estado de Direito assume essencialmente uma irreduzível dimensão de defesa ou reserva da autonomia e liberdade individuais perante o poder político – a premissa garantista.³²⁷

Nesse sentido, o princípio do Estado de Direito ou, se quiser, Estado de direitos fundamentais – uma vez que o Estado de Direito é o Estado juridicamente limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionam, relativamente à decisão da maioria, como limites jurídico-constitucionais.³²⁸ Portanto, mesmo partindo do pressuposto, que se sustenta, de que o atual Estado de Direito só vive em democracia, pode-se considerar que, num Estado Democrático de

³²⁶ NOVAIS, 2006, p. 32.

³²⁷ Idem, p. 32–33.

³²⁸ Idem, p. 33.

Direito,³²⁹ o princípio do Estado de Direito é um limite intransponível que se impõe ao poder legítimo e que, por isso, se pode opor ao princípio democrático.³³⁰

Mesmo que a maioria conjuntural que sustenta o Governo ou que forma uma maioria parlamentar considere que o interesse público só é realizável mediante a compressão ou supressão da autonomia e liberdade individuais, a área de liberdade que disponha da armadura ou esteja trunfada pela garantia que lhe é conferida por um direito fundamental não cede, ou seja, a regra da maioria não quebra, por si só, o princípio de Estado de Direito. A decisão da maioria democrática pode, é certo, buscar prevalecer sobre o interesse jusfundamentalmente protegido, pois quando ocorre um desacordo envolvendo direitos fundamentais não há nenhuma razão que determine que a maioria esteja necessariamente certa ou que esteja necessariamente equivocada sobre essa questão. Porém, o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento majoritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria democraticamente eleita –, mas, sim, no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e pela qual se atribua a outro bem igualmente digno de proteção, em circunstâncias em que essa compressão seja exigível, uma relevância suscetível de justificar a restrição do direito fundamental.³³¹

Nesse sentido, ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos revela duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrinchei-

³²⁹ Vale destacar, no sentido do texto, a lição expendida por Jorge Miranda, segundo o qual o Estado de Direito Democrático, terminologia adotada na Constituição portuguesa, traduz a confluência do Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, segundo Jorge Miranda, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito, em razão do imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria, mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição, com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder. Prossegue o ínclito jurista supracitado ao consignar que há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático, para Jorge Miranda, poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se mediante esforço de conjugação, constantemente renovado e atualizado, de princípios, valores e interesses, bem como por meio de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas (de que são manifestações paradigmáticas de limite os regimes da pronúncia pela inconstitucionalidade na fiscalização preventiva – art. 279º, n.ºs 2 e 4, da CRP/1976, e da verificação da existência de inconstitucionalidade por omissão – art. 283º, n.º 2, da CRP/1976). MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4. p. 227.

³³⁰ NOVAIS, 2006, p. 33.

³³¹ Idem, p. 33.

rada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares, ter um direito fundamental compreende também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando ou, sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.³³²

Mas a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento do princípio da força normativa da Constituição,³³³ da necessidade de levar a Constituição a sério: por majoritários que sejam os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental.³³⁴

Se a Constituição proíbe a pena de morte ou a tortura, por mais que a maioria considere que a sociedade ganharia com a introdução de algumas exceções a essas garantias, mesmo que pontuais, e ainda que a maioria da população apoie ou reclame abertamente essas soluções, a natureza de trunfo da garantia constitucional impede absolutamente a realização dos desígnios da maioria. Se a Constituição garante a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a proibição da censura, por mais que um dado Governo, democrático, majoritário, apoiado pelo sentimento geral da população, considere que a expressão de determinados pontos de vista ou opiniões pessoais num jornal põe em causa o relacionamento com outros Estados, inviabiliza negócios decisivos para o bem-estar da população ou contribui para a difusão de ideias que, do ponto de vista do Governo, são nocivas para a sociedade no seu todo, não podem esse Governo ou essa maioria impedir que um só indivíduo expresse livremente aquelas opi-

³³² NOVAIS, 2006, p. 34.

³³³ Reduzindo-o à sua expressão mais simples, pode-se dizer que esse critério de interpretação constitucional consubstancia um conselho – Friedrich Müller fala em apelo – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência aos pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmam-lhes maior eficácia ou contribuem para uma eficácia ótima da Constituição. MÜLLER, 2005, p. 78. Canotilho ensina que se deve dar “[...] primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. CANOTILHO, 2003, p. 1226. Vale destacar que na nota de rodapé de nº 23 da página 1226 desta última obra retrorreferida, Canotilho esclarece que a elaboração deste princípio encontra-se nos autores que se orientam segundo o método hermenêutico concretizador (Konrad Hesse), a metódica normativo-estruturante (Friedrich Müller) e a hermenêutica da praxe jurídica ou teoria da decisão racionalizada (Martin Kriele).

³³⁴ NOVAIS, op. cit., p. 36.

niões ao abrigo da sua garantia constitucional, o que equivale a dizer, que faça valer o *trunfo* de que dispõe contra a vontade, a opinião ou a decisão da maioria.³³⁵

Foi com este alcance que, do ponto de vista histórico–constitucional, esta ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais pela maioria obteve acolhimento e consagração positiva e substancial quando, com o chamado novo constitucionalismo da segunda metade do século passado, as constituições, ainda que com ritmos, textos e gradações diferenciados, afirmam expressamente a vinculação do próprio legislador democrático aos direitos fundamentais ou consagram os direitos fundamentais na qualidade de limites materiais de revisão constitucional.³³⁶

Este capítulo objetivou, portanto, delinear o significado constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais ao integrarem a essência do Estado Constitucional. Tais direitos se encontram em posição de *trunfo*, isto é, na condição de supremacia constitucional ao formarem um conjunto de direitos fundamentais de mais alto grau normativo e de vinculação jurídica do poder político que a eles se submete, ainda que democraticamente eleito. Logo, os direitos fundamentais passam a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de modo que qualquer grupo político que assuma o poder deve a eles estar diretamente vinculado.³³⁷ Isso é decorrência da força normativa dos direitos fundamentais no Estado Constitucional.

O próximo capítulo devotar-se-á em apresentar a evolução histórica e a positivação dos direitos fundamentais, abrangendo os direitos sociais. Além disso, será examinado o processo de internacionalização dos direitos fundamentais no âmbito de um direito constitucional globalizado que impõe deveres de proteção e progressividade aos direitos sociais fundamentais, vedando sua debilitação ou retrocesso.

³³⁵ NOVAIS, 2006, p. 36.

³³⁶ *Idem*, p. 36–37. Na Constituição Federal de 1988, as limitações materiais expressas estão previstas no art. 60, § 4º, segundo o qual não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os *direitos e garantias individuais*. As limitações materiais são denominadas de cláusulas pétreas que tornam essas matérias insuscetíveis de supressão total ou parcial. Segundo o lapidar magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, as cláusulas pétreas além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável desse projeto. Eliminar a cláusula pétrea já é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantidos por ela. MENDES; COELHO, GONET BRANCO, 2007, p. 208.

³³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o poder público e as entidades privadas estão vinculados aos direitos fundamentais e esta vinculação constitui precisamente uma das dimensões da eficácia, à medida que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/1988) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua função (direitos a prestações ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação. SARLET, 2007, p. 388.

CAPÍTULO 2

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo versará, precipuamente, a evolução histórica e a positivação dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais. Far-se-á um esboço histórico dos direitos sociais nas constituições brasileiras a partir da de 1934 com o escopo de fazer lembrar que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional, o qual é qualificado de social e democrático.

Examinar-se-á, também, o processo de internacionalização dos direitos fundamentais, os quais são designados, na órbita internacional, como direitos humanos.¹ Além disso, buscar-se-á analisar a incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais ao considerar o seu impacto jurídico no direito brasileiro. Conquanto as normas de Direito Internacional suscitem discussões sobre a forma de recepção e hierarquia no Direito interno, têm crescente e decisiva importância na tutela dos direitos fundamentais, incluídos os sociais, cogitando-se mesmo da sua natureza de *jus cogens*² em muitos casos. Essas normas preveem a proteção de direitos sociais fundamentais impondo sua progressividade e vedando sua debilitação ou retrocesso.

Este capítulo dedica-se, a um só tempo, a entender a progressiva constitucionalização do direito internacional, visto que os direitos fundamentais (abrangidos os sociais) devem ser tratados no âmbito de um direito constitucional integrado (ou globalizado) ao se detectar a elaboração dos contornos jurídicos de uma constituição global ao

¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 40; PIOVESAN, 2006, p. 6. Há autores que sustentam que os direitos humanos são reconhecidos positivamente pelos sistemas jurídicos no plano nacional e internacional. SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009. p. 22.

² Segundo magistério de Hee Moon Jo sobre a expressão *jus cogens* a define como: “É uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, com uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza”. JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000. p. 19. A Convenção de Viena ao aceitar a noção de *jus cogens* deu uma demonstração de aceitação dos preceitos do direito natural. Com isso, se um tratado desrespeita uma norma considerada como *jus cogens*, ele é considerado nulo de pleno direito (artigos 52 e 53 da Convenção de Viena).

tomar como ponto de partida os direitos fundamentais que formariam uma constituição de direitos global com a conseqüente imposição de deveres. Tais direitos valeriam perante as instâncias políticas, mas também perante centros de poder econômico, conforme ensina Canotilho.³

2.1 Formação e evolução histórica dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais (ou direitos humanos), embora existissem bastante tempo – uma vez que são naturalmente inerentes ao ser humano e, desse modo, anteriores e superiores a toda ordem jurídica positivada –, foi somente com a recepção progressiva de textos ou documentos (denominados genericamente Cartas ou Declarações de direitos) é que eles passaram a ser formalmente reconhecidos, ganhando, portanto, dimensão jurídica.

Durante o período medieval não faltaram documentos nos quais o monarca, cujo poder foi teoricamente ilimitado, reconheceu alguns limites para seu exercício em favor da Igreja, dos senhores feudais ou das comunidades locais. Conforme ensina Antonio Enrique Pérez Luño, de todos os documentos medievais, sem dúvida, que alcançou maior significação foi a Carta Magna, consistente num pacto firmado em 1215 entre o Rei João Sem Terra e os bispos e barões ingleses.⁴ Apesar de ter garantido tão somente privilégios feudais aos nobres ingleses, é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade.⁵

Em seguimento, destacaram-se as Declarações inglesas do século XVII, entre as quais a *Petition of Righths*, de 1628, firmada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, assinado por Carlos II e, finalmente, a mais importante de todas as Declarações inglesas, o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento.⁶

O termo direitos fundamentais, *droits fondamentaux*, aparece na França no ano de 1770 no contexto do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁷

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 289.

⁴ LUÑO, 2004, p. 34.

⁵ Idem, p. 34.

⁶ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 541.

⁷ LUÑO, op. cit., p. 29. Conforme leciona Antonio Enrique Pérez Luño, a expressão alcançou singular importância na Alemanha, onde sob a denominação dos *Grundrechte* se articulou, de modo especial,

Assim, foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas nos Estados Unidos da América (EUA) que nasceram definitivamente os direitos fundamentais, a partir da Declaração do Bom Povo da Virgínia de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após essas Declarações, quase todas as Constituições no mundo passaram a dispor de uma Declaração de direitos, a começar com a Constituição dos EUA de 17 de setembro de 1787.⁸

Segundo leciona Antonio Enrique Pérez Luño, as Declarações dos EUA, bem como determinados documentos da Europa continental destinados a reconhecer a tolerância e a liberdade religiosa (como, por exemplo, a Paz de Augsburg de 1555 e a Paz de Vestfália de 1648) e os pressupostos racionalistas e contratualistas da Escola de Direito Natural exerceram uma influência direta sobre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada pela Assembleia Constituinte da França revolucionária no ano de 1789.⁹ Neste famoso texto, idêntico aos dos EUA, insiste no caráter universal dos direitos consagrados por seu fundamento racional, cuja validade se considera absoluta. Seus pressupostos são também individualistas: os direitos que correspondem ao homem por natureza são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Somente a lei poderia limitar o desfrute dos direitos naturais de cada cidadão e, para assegurá-los a todos, foi concebida como expressão da vontade geral, nos moldes do ensinamento de Rousseau.¹⁰

A Declaração de 1789 fez parte, encabeçando-a, da primeira Constituição francesa de 1791, chamada por sua inspiração “girondina”. Pouco tempo depois, a Constituição “jacobina” de 1793 iniciou com um catálogo de direitos do homem, muito importante por seu conteúdo democrático. No catálogo são reconhecidos os direitos ao trabalho, à proteção contra a pobreza e à educação.¹¹

Fábio Konder Comparato ensina que a Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais da classe trabalhadora e que a instituição de deveres sociais do Estado para com os trabalhadores e com os necessitados em geral,

após a Constituição de Weimar de 1919, ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado como fundamento de toda a ordem jurídico-política. LUÑO, 2004, p. 29.

⁸ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 542.

⁹ LUÑO, op. cit., p. 36.

¹⁰ Idem, p. 36.

¹¹ Idem, p. 36–37.

estabelecida no art. 13, aponta para a criação do que viria a ser o Estado de Bem-Estar Social no século XX.¹²

Ainda, segundo o professor Comparato, a Convenção de Genebra de 1864 inaugurou o que se convencionou chamar direito humanitário em matéria internacional, ou seja, “*o conjunto das leis e costumes da guerra, visando a minorar o sofrimento dos soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico*”.¹³ Portanto, é a primeira introdução dos direitos humanos na esfera internacional.¹⁴ Segundo Comparato, tem-se insistido ultimamente na tese de que o direito do estado de guerra já não poderia existir, por ser uma contradição nos termos: se a guerra constitui em si mesma um ilícito e, mais do que isso, um crime internacional, não faz sentido regular juridicamente as operações bélicas, pois “*o Direito não pode organizar a prática de um crime*”.¹⁵ Todavia, Comparato argumenta que tal asserção não pode ser admitida. Para ele, se a guerra, no estado presente do direito internacional, constitui em si mesma um crime, nada impede que se reconheça a prática, por qualquer das partes beligerantes, de outros ilícitos durante o desenrolar do conflito.¹⁶ Segundo as ilações do professor, a violação dos princípios e normas do direito humanitário, durante uma conflagração armada, pode representar, ela também, um crime de guerra.¹⁷

Comparato ressalta que a plena afirmação de novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.¹⁸

A aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal de Direitos humanos em 10 de dezembro de 1948 constitui o principal feito no desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos (ou fundamentais), bem como a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio aprovada um dia antes, também no quadro da ONU; logo, ambas formam os marcos

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 54, 170.

¹³ Idem, p. 173.

¹⁴ Idem, p. 173.

¹⁵ Idem, p. 173.

¹⁶ Idem, p. 174.

¹⁷ Idem, p. 174. Dalmo de Abreu Dallari ao versar sobre a origem e atualidade do direito humanitário ensina que em razão dos seus princípios básicos e dos objetivos enunciados no início de seu advento e bastante ampliados no curso da história, bem como pelo seu conteúdo ético ligado aos valores fundamentais da pessoa humana, o direito humanitário está estreitamente relacionado com os direitos humanos e às vezes pode coincidir com este. DALLARI, Dalmo de Abreu. Origem e atualidade do direito humanitário. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, p. 18, jul./dez. 2006.

¹⁸ COMPARATO, op. cit., p. 54.

inaugurais da nova fase histórica dos direitos humanos que se encontra em pleno desenvolvimento.¹⁹

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos a afirmação dos direitos fundamentais é, simultaneamente, universal²⁰ e positiva: universal, no sentido de que os destinatários dos direitos são todos os homens; positiva, no sentido de que os direitos deverão ser não apenas proclamados, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou 2 (dois) pactos internacionais de direitos humanos que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²¹ O sistema internacional de proteção de direitos humanos apresenta, pois, instrumentos de âmbito global e regional. Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam com o fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.²²

O instrumento regional de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também denominada Pacto de

¹⁹ COMPARATO, 2008, p. 57. *Contrario sensu*, assinala-se a opinião de Flávia Piovesan ao revelar que o antecedente mais contributivo para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada após a Primeira Guerra Mundial tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar sociais. PIOVESAN, 2006, p. 111.

²⁰ Em atenção à magistral lição de Boaventura de Sousa Santos, os direitos humanos não são universais na sua aplicação. Atualmente, segundo o autor, são consensualmente identificados quatro regimes internacionais de aplicação de direitos humanos: o europeu, o interamericano, o africano e o asiático. Afirma, ainda, que apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais e arremata que “[...] enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica. Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como **multiculturais**”. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 438–439. Grifo nosso.

Nessa linha de argumentação é, também, a posição de Samuel P. Huntington ao asseverar que o crescente poder econômico dos países asiáticos os torna cada vez mais imunes às pressões ocidentais no que se refere aos direitos humanos e à democracia. Logo, para o autor, concebidos como direitos humanos universais podem ser instrumentos do “choque de civilizações”, ou seja, o que é universalismo para o ocidente é imperialismo para o resto. HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996. p. 228, 243.

²¹ COMPARATO, op. cit., p. 279. Os dois pactos internacionais foram ratificados pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

²² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

San José da Costa Rica.²³ Esta Convenção foi assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.²⁴ A convenção entrou em vigor em 1978 e somente os Estados–membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) têm o direito de aderir à Convenção Americana.²⁵ Substancialmente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.²⁶

Segundo Flávia Piovesan, a Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e de outras medidas que se mostrem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção.²⁷ Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção referente aos direitos sociais, econômicos e culturais – Protocolo de San Salvador –, que entrou em vigor em 16 de novembro de 1999.²⁸

Portanto, as declarações, convenções e pactos internacionais tiveram importância decisiva para a evolução e afirmação dos direitos fundamentais.

²³ PIOVESAN, 2009, p. 44.

²⁴ COMPARATO, 2008, p. 367. O Brasil aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992 e que foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro 1992.

²⁵ PIOVESAN, op. cit., p. 44. Segundo Flávia Piovesan, dos 35 Estados–membros da OEA, 24 Estados são hoje partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Idem, p. 45.

²⁶ COMPARATO, op. cit., p. 367.

²⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 46. O art. 26 da Convenção preceitua: “Os Estados–Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medidas dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”. O artigo foi reproduzido da seguinte obra: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 366.

²⁸ O Estado brasileiro aderiu ao Protocolo, nos termos do art. 21 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996. Esse documento reforça, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o reconhecimento dos direitos humanos de segunda “geração” ou dimensão, a saber: direito ao trabalho (art. 6º), direitos sindicais (art. 8º), direito à previdência social (art. 9º), direito à saúde (art. 10), direito à alimentação (art. 12), direito à educação (art. 13), direito aos benefícios da cultura (art. 14), direitos à constituição e proteção da família (art. 15), direito da criança (art. 16), direito do idoso (art. 17), proteção dos deficientes (art. 18). O “Protocolo de San Salvador” pode ser consultado no seguinte site da internet: <http://www.fd.uc.pt/igc/enciclopedia/documentos/instrumentos_regionais/america/protocolo_convencao_direitos_economicos.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

2.1.1 A positivação dos direitos sociais fundamentais

Ao longo do século XIX o proletariado vai adquirindo protagonismo histórico à medida que avança o processo de industrialização e, ao desenvolver uma consciência de classe, reivindica alguns direitos econômicos e sociais perante os clássicos direitos individuais em que estes foram decorrentes do triunfo da revolução liberal burguesa. Logo, o direito ao trabalho, seu rendimento e a segurança social constituem novas exigências, cuja proteção jurídica se reclama. Sob este aspecto pode-se considerar como a carta destes novos direitos o *Manifesto Comunista*, redigido por Marx e Engels no ano de 1848.²⁹

Nesse mesmo ano (1848) a Constituição francesa da Segunda República ao fazer eco destas exigências e conectando com o teor da Constituição “jacobina” de 1793, quis representar a projeção dos princípios revolucionários de 1789 na esfera social e econômica: se esta foi a Declaração da liberdade, a de 1848 pretendia ser a da igualdade.

A marca do *Manifesto Comunista* repercute de forma evidente na *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* a qual foi redigida no âmbito da Revolução Russa de 1917 e promulgada no dia 3 de janeiro de 1918 na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). O texto da declaração elaborado por Lênin foi incorporado à Constituição soviética ao possuir as seguintes inovações:³⁰

- (1) Declara abolida a propriedade privada e a possibilidade de exploração do trabalho assalariado (capítulo II), em completa ruptura com as

²⁹ LUÑO, 2004, p. 38. O Manifesto sugere um curso de ação para uma revolução socialista por meio da tomada do poder pelos proletários. A história da humanidade seria constituída, em todos os tempos, por uma permanente luta de classes, como deixa bem claro a primeira frase do primeiro capítulo do Manifesto Comunista: “A história de toda sociedade existente até hoje tem sido a história das lutas de classes”. Marx e Engels partem de uma análise histórica, distinguindo as várias formas de opressão social durante os séculos e situa a burguesia moderna como nova classe opressora. Não deixa, porém, de citar seu grande papel revolucionário, tendo destruído o poder monárquico e religioso valorizando a liberdade econômica extremamente competitiva e um aspecto monetário frio em detrimento das relações pessoais e sociais ao tratar o operário como uma simples peça de trabalho. Este aspecto juntamente com os recursos de aceleração de produção (tecnologia e divisão do trabalho) destrói todo atrativo para o trabalhador, deixando-o completamente desmotivado e contribuindo para a sua miserabilidade e coisificação. Vocábulo consultado da Wikipédia, enciclopédia livre *on line*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Manifesto_Comunista>. Acesso em: 28 set. 2009. Para um maior aprofundamento acerca de alguns delineamentos do *Manifesto Comunista* poderão ser mais bem elucidados no verbete “marxismo” na seguinte obra: BOBBIO, Norberto. Marxismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 738–744.

³⁰ Tradução do texto para o português em: <<http://www.marxists.org/portugues/lenin/1918/01/17.html>>. Acesso em: 28 set. 2009.

- anteriores Constituições e Declarações de Direitos que garantiam a propriedade privada como elemento central;
- (2) Estabelece um dever fundamental: o trabalho obrigatório para todos (capítulo II, 4);
 - (3) Estabelece um tratamento diferenciado dos titulares de direitos de acordo com a classe social, restringindo os direitos dos integrantes da classe burguesa (capítulo IV).

Essas inovações foram, portanto, confirmadas e completadas pela primeira Constituição soviética de 10 de julho de 1918 ao introduzir uma série de direitos sociais (art. 2º, capítulo cinco, itens 14 a 17).³¹

A *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* introduziu as novidades acima especificadas que destoaram, em sua substância – ao ignorar o reconhecimento de qualquer direito individual –, do desenvolvimento do constitucionalismo ocidental até então e, precipuamente, do subsequente, marcado pelo que se passou a chamar de economia de mercado e sua ênfase na autonomia e propriedade privadas.³²

Deve-se atribuir à Constituição mexicana a primeira Constituição que garantiu uma longa lista de direitos sociais. Ela foi promulgada em 5 de fevereiro de 1917. Em seu primeiro capítulo são encontrados direitos sociais que pouco se diferenciam de uma Constituição moderna como a brasileira de 1988.³³

Todavia, deve-se à Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a sistematização e o reconhecimento, em termos definitivos, destes direitos. Demonstra-se isso, pelo fato de haver a Constituição alemã – que se constituía em duas partes – dedicado toda a segunda parte (Parte II), dividida em cinco títulos (arts. 109–165), aos novos direitos econômicos e sociais, sob a denominação genérica de “Direitos e deveres fundamentais dos alemães”. Não foi por acaso que a chamada Constituição de Weimar tornou-se paradigmática do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é o marco que separa duas épocas históricas: a do constitucionalismo liberal dos

³¹ A Constituição da República Soviética Federativa Socialista Russa de 1918 pode ser consultada em: <<http://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/index.htm>>. Acesso em: 28 set. 2009.

³² DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 32–33.

³³ Idem, p. 32. Registram-se os seguintes exemplos hauridos do primeiro capítulo da Constituição mexicana de 1917: ensino primário gratuito nos estabelecimentos oficiais (direito à educação), direito ao trabalho com justa retribuição etc. MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal.³⁴

A Constituição de Weimar, efetivamente, representou inquestionável modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos sociais fundamentais de segunda dimensão, fonte do Estado do bem-estar social na Alemanha e, posteriormente, no Brasil na Constituição de 1934.

2.1.2 Os direitos sociais fundamentais nas constituições brasileiras de 1934 a 1988

A ordem jurídica brasileira do século XIX, embora tenha recebido os influxos dos movimentos internacionais, palmilhou caminho próprio com as peculiaridades referentes aos direitos sociais. A Constituição de 1824, outorgada pelo imperador, ainda que não tivesse propriamente o recorte de uma Constituição que reconhecesse e declarasse direitos sociais limitou-se a garantir os “socorros públicos”, a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades ao se extrair da leitura dos incisos XXI, XXII e XXIII de seu art. 179.³⁵

A primeira Constituição republicana de 1891 ao refletir o pensamento liberal da época passou longe de toda a pretensão social, negando qualquer repercussão à Carta francesa de 1848, bem como reclamos sociais que se acumulavam, forjando os pressupostos sociais, jurídicos e econômicos para a formação de Estados socialistas e social-democráticos que pouco depois se apresentaram ao mundo.³⁶ Teve, pois, a Constituição de 1934 o claro propósito de fincar as pedras fundamentais do assim chamado Estado Social.

A Constituição brasileira de 1934, sob significativa influência da Constituição de Weimar, transcreveu desta Constituição vários artigos referentes aos direitos sociais e econômicos que, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, cuidou no Título IV de normas alusivas à Ordem Econômica e Social.

A Constituição brasileira de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, introduziu capítulo designado de “Ordem Econômica”, sem o qualificativo “Social”. Seu art. 136 dispunha que “o trabalho é um dever social”, “que a todos seria garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto”, e que o Estado possuía o dever de protegê-

³⁴ LUÑO, 2004, p. 39–40.

³⁵ NUNES JÚNIOR, 2009, p. 57.

³⁶ Idem, p. 58.

lo, “assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa”. A precedência dada ao dever perante o direito indicia a natureza totalitária do regime.³⁷

De acordo com a lição de José Ledur, com a Constituição de 1946, o Brasil reencontra-se com a democracia. Volta-se a prever título designado “Da Ordem Econômica e Social”. O parágrafo único do art. 145 assegurava “trabalho que possibilite existência digna”, e os dezessete incisos do art. 157 continham preceitos trabalhistas e previdenciários que, conforme o *caput* seriam obedecidos pela legislação do trabalho e previdência social. O art. 158 reconhecia o direito de greve e o art. 159 dispunha sobre a liberdade de associação profissional ou sindical.³⁸

A Constituição de 1967 foi inovadora quanto aos direitos sociais à medida que não mais se referia a preceitos a serem observados pela legislação ordinária. Assim fixava o art. 158: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...]”. Seguiam-se vinte e um incisos com os distintos direitos trabalhistas, médico-assistenciais e previdenciários oriundos de relação de emprego. Normas que antes da Constituição de 1967 se limitavam a preceitos endereçados ao legislador ordinário passaram a abrigar direitos de natureza constitucional.³⁹ A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não introduziu mudança significativa no rol dos direitos sociais, permanecendo praticamente inalterados os de natureza trabalhista e coletiva e similares à Constituição de 1967 as regras relativas à educação.

Agora, sem dúvida, a Constituição brasileira de 1988 deu um salto qualitativo de extraordinário significado no terreno dos direitos sociais ao incluí-los no rol dos direitos fundamentais e porque reconheceu novos direitos, resultantes da influência do movimento social na convocação da Assembleia Nacional Constituinte e no desenvolvimento de seus trabalhos. O aspecto quantitativo comparece na ampliação numérica dos direitos sociais. A leitura do art. 6º mostra que o lazer e a segurança são direitos novos não reconhecidos em constituições anteriores. Mesmo o direito à saúde não era expressamente previsto anteriormente, muito embora algumas normas contivessem preceitos referentes a ele. A moradia passou a ser direito social fundamental por meio da EC nº

³⁷ LEDUR, José Filipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76.

³⁸ Idem, p. 76–77.

³⁹ Idem, p. 77.

26, de 14/02/2000, positivando-se internamente direito já reconhecido em constituições estrangeiras e normas de direito internacional.⁴⁰

Quanto ao direito ao trabalho, verifica-se que obteve desdobramentos em seu conteúdo no próprio capítulo dedicado aos direitos sociais fundamentais, ou seja, do

⁴⁰ LEDUR, 2009, p. 79. Historicamente, a Constituição mexicana de 5 de fevereiro de 1917 já previa o direito à moradia em seu artigo 4º, § 5º nestes termos: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”. MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

Ainda, no plano internacional, cumpre informar que a Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, estabelece, também, em seu art. 47, o direito à moradia digna e adequada, vejamos o seu texto: “Artículo 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. ESPANHA. *Constitución Española de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

Menciona-se, também, que a Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, tal qual a do México de 1917 e a da Espanha de 1978, expressamente faz alusão ao direito à moradia em seu art. 65º, 1. Embora utilize o vocábulo “habitação” que, para nós, não altera o alcance e sentido postulado pelo constituinte na feitura deste dispositivo ao preceituar, *in verbis*: “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 16 set. 2009.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 constitui o marco, na esfera internacional, dos denominados direitos econômicos, sociais e culturais – dentre os quais o direito à moradia – serem objeto de previsão expressa na condição de direitos humanos e fundamentais. Com efeito, de acordo com o artigo XXV (1) da Declaração: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. Para o jurista, a partir do citado dispositivo, no âmbito do direito internacional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, destacando-se, seja pela sua precedência cronológica, seja pela sua relevância, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro, onde, no artigo 11, consta que “os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida”. SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 46, p. 198, abr./jun. 2003.

Ademais, Ingo Sarlet leciona que duas conferências das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos marcaram a história da Organização na luta por melhores condições de vida da população: a Habitat I, realizada em Vancouver, Canadá, entre os dias 31 de maio a 11 de junho de 1976, que originou a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos; e a realizada em Istambul, Turquia, entre os dias 3 a 14 de junho de 1996, originando a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, considerado o mais completo documento na matéria. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, faz remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13) – Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43), bem como sobre as responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização. SARLET, 2003, p. 199.

art. 7º ao art. 11 da Constituição, destacando-se notável incremento do rol dos direitos fundamentais do trabalho.

José Ledur ressalta que a história dos direitos sociais no Brasil, da mesma forma ocorrida em países europeus, possui relação estreita com o direito *ao* trabalho e com as normas jurídicas que o disciplinam, especialmente as de direito *do* trabalho.⁴¹ Segundo o autor, isso faz com que os direitos sociais, por vezes, sejam simplesmente confundidos com o direito do trabalho. A inserção de regras e princípios de direito do trabalho entre os direitos e garantias fundamentais (artigos 7º ao 11 da Constituição de 1988) prova a força do vínculo histórico entre os direitos sociais e o direito *ao* trabalho e seus desdobramentos em normas de direito *do* trabalho, previdenciário e coletivo.⁴² No entanto, bem mais amplo é o objeto dos direitos sociais, conforme demonstra o art. 6º da CF/1988 e os desenvolvimentos que a maioria dos direitos ali reconhecidos obteve nos títulos concernentes à Ordem Econômica e, especialmente, à Ordem Social.

2.2 Internacionalização dos direitos fundamentais

Pérez Luño refere-se ao fenômeno da internacionalização dos direitos humanos (ou direitos materialmente fundamentais, sendo uma das espécies os direitos sociais, econômicos, culturais etc.) como um dos pontos que mais poderosamente tem contribuído para caracterizar a atual etapa de positivação dos direitos humanos.⁴³ Para o jurista espanhol, trata-se de um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional e, efetivamente, somente quando se admite a possibilidade de que a comunidade internacional possa entender de questões que afetem não tanto aos Estados como tais, senão as de seus membros ao gerar um reconhecimento em escala internacional dos direitos humanos.⁴⁴ É necessário, portanto, partir da premissa de que qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma questão doméstica dos Estados, mas um problema de relevância internacional.⁴⁵

Segundo lição de Dimitri Dimoulis e de Leonardo Martins, as principais dimensões da internacionalização podem ser resumidas da seguinte forma: (a) vasta produção normativa internacional em defesa dos direitos humanos (declarações, conven-

⁴¹ LEDUR, 2009, p. 80.

⁴² Idem, p. 80.

⁴³ LUÑO, 2004, p. 41.

⁴⁴ Idem, p. 41.

⁴⁵ Idem, p. 41.

ções, pactos, tratados etc.); (b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; (c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações; (d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial.⁴⁶

Essa evolução contrapõe-se à validade do princípio do relacionamento binário entre o Estado e o indivíduo que governa a concepção tradicional dos direitos fundamentais. A introdução dos sujeitos do Direito Internacional e principalmente das organizações internacionais nessa relação torna mais complexa as questões do exercício e da garantia dos direitos fundamentais, vinculando-os a uma nova discussão e negociação do princípio da soberania nacional.⁴⁷ Segundo os autores supramencionados, as mudanças são múltiplas ao destacarem as seguintes:⁴⁸

- a) Ampliação dos titulares de direitos ao permitir uma titularidade universal, independentemente da nacionalidade e do lugar de residência, princípio esse que conhece uma série de exceções e não exclui o reconhecimento de direitos “particularistas”, em benefício de determinadas categorias de pessoas (mulheres, crianças, minorias étnicas, grupos indígenas etc.).
- b) Possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa, independentemente do acionamento de mecanismos de direito interno e da boa (ou má) vontade das autoridades estatais pelos instrumentos de fiscalização e responsabilização que ficam sob o encargo de comissões, tribunais e outras autoridades internacionais.
- c) Forte politização da matéria devido à necessidade de se realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais, no intuito de oferecer efetividade aos direitos humanos no âmbito internacional, apesar da ausência de poder estatal e de instituições que executem diretamente normas internacionais.

⁴⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 40.

⁴⁷ Idem, p. 40.

⁴⁸ Idem, p. 40–41.

No século XX, assim como no atual, produziu-se uma série de acontecimentos trágicos, gravemente lesivos à causa das liberdades, que tem potencializado o esforço dos homens e das nações a fim de estabelecer mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. As catástrofes bélicas, a necessidade de reconhecer o direito de autodeterminação e o processo de descolonização dos povos, o esforço pela afirmação dos direitos da mulher, os graves atentados contra os direitos individuais praticados pelos sistemas totalitários (genocídio, tortura, discriminação etc.), a persistência de velhas estruturas contra os direitos da pessoa humana (escravidão, trabalhos forçados etc.), bem como as novas formas de agressão aos direitos e liberdades surgidas nos últimos anos (terrorismo, sequestro de pessoas, violação das liberdades por meio da tecnologia de informática etc.) servem-se de constantes lutas em assegurar a todos os homens, independentemente de sua raça, local de nascimento ou ideologia, um catálogo básico de direitos e liberdades.⁴⁹

Reafirma-se que desde a ocorrência das duas guerras mundiais, em decorrência dos horrores cometidos durante esse período, os direitos humanos constituem um dos temas principais do direito internacional contemporâneo. A isso se acrescenta, no atual contexto em que todos se encontram, o fato de a globalização e o conseqüente estreitamento das relações internacionais, principalmente perante o assustador alargamento dos meios de comunicação e do crescimento do comércio internacional.

A normatividade internacional de proteção dos direitos humanos conquistada por meio de incessantes lutas históricas e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito (salvaguardar os direitos humanos) foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses mesmos direitos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (*International Human Rights Law*), fonte da moderna sistemática internacional de proteção de direitos, tem como o seu primeiro e mais remoto antecedente histórico os tratados de paz de Vestfália de 1648, que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos. Mas pode-se dizer que os precedentes históricos mais concretos do atual sistema internacional de proteção desses mesmos direitos são o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, situados pela doutrina como os marcos mais importantes da formação do que hoje se conhece por arquitetura internacional dos direitos humanos.⁵⁰

⁴⁹ LUÑO, 2004, p. 41–42.

⁵⁰ MAZZUOLI, 2007, p. 678. No mesmo sentido conferir as exímias explicações de Flávia Piovesan. PIOVESAN, 2006, p. 107 et seq.

O Direito Humanitário, criado no século XIX, é aquele aplicável no caso de conflitos armados (guerra), cuja função é estabelecer limites à atuação do Estado com vistas em assegurar a observância e cumprimento dos direitos humanos. A proteção humanitária visa a proteger, em caso de guerra, militares postos fora de combate (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros) e populações civis; devendo os seus princípios serem hoje aplicados quer às guerras internacionais, quer às guerras civis e a quaisquer outros conflitos armados.⁵¹

O segundo reforço à concepção da necessidade de relativização da soberania dos Estados foi a criação, após a Primeira Guerra Mundial (1914–1918), da Liga das Nações, cuja finalidade era a de promover a cooperação, paz e segurança internacionais ao condenar as agressões externas contra a integridade territorial e independência política de seus membros. A Convenção da Liga das Nações, de 1920, como leciona Flávia Piovesan, *“continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos, destacando-se as voltadas ao mandate system of the League, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho – pelo qual os Estados comprometiam-se a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças”*, sendo certo que tais dispositivos *“representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, à medida que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações”*, fator este que veio redefinir, desta maneira, *“a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar, em seu conceito, compromissos e obrigações de alcance internacional, no que diz respeito aos direitos humanos”*.⁵²

Entretanto, o antecedente que mais contribuiu para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos foi a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Criada após a Primeira Guerra Mundial tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar social. Desde a sua fundação, em 1919, a OIT já conta mais de uma centena de convenções internacionais promulgadas, às quais os Estados-partes, além de aderir, comprometiam-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho.⁵³

⁵¹ PIOVESAN, 2006, p. 109–110.

⁵² Idem, p. 110–111.

⁵³ Idem, p. 111. Em sentido contrário, tem-se a opinião da professora Rossana Rocha Reis, para a qual o que marca a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos são, de modo geral, a assinatura da Carta de fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, a carta de fundação do Tribunal de Nuremberg (1945–1946) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Ante esse breve esboço histórico, pode-se aduzir que esses três precedentes contribuíram em conjunto para a ideia de que a proteção dos direitos humanos deve ultrapassar as fronteiras estatais, transcendendo os limites da soberania territorial dos Estados para alçar à categoria de matéria de ordem internacional. Eles registram o fim de uma época em que o Direito Internacional estava adstrito à regulamentação das relações estritamente estatais ao romper com o conceito de soberania estatal absoluta (que concebia o Estado como ente de poderes ilimitados, tanto interna como internacionalmente), admitindo intervenções externas no plano nacional a fim de assegurar a proteção de direitos humanos violados, ou seja, essa nova concepção deixa de lado o velho conceito de soberania estatal absoluta que considerava, na acepção tradicional, como sendo os Estados os únicos sujeitos de Direito Internacional Público. Apenas uma exceção a essa concepção tradicional de soberania absoluta era conhecida no Direito Internacional, antes do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e dizia respeito à responsabilidade dos Estados por danos a estrangeiros em seu território, quando se reconhecia que tratamento conferido a determinado estrangeiro em dado Estado era interesse legítimo do Governo da nacionalidade daquele estrangeiro. De modo que uma ofensa perpetrada a um cidadão italiano, em território de outro Estado, por exemplo, constituía-se numa ofensa à própria República Italiana.⁵⁴

No sentido pontificado acima, em conformidade com a análise do professor italiano Paolo Mengozzi, na comunidade internacional os ideais humanitários foram durante longo tempo e normalmente invocados somente em relação ao tratamento dos estrangeiros, e mais esporadicamente em relação ao tratamento de indivíduos que faziam parte de minorias étnicas ou de grupos religiosos. A grande importância que os Estados, os membros de base da comunidade internacional, atribuíram à defesa da própria soberania e, por consequência, ao respeito dos outros, fez que eles tivessem atuado pela promoção e pela tutela dos direitos humanos somente quando seus direitos estavam em jogo a fim de dar proteção diplomática aos próprios súditos no exterior ou para solidarizar-se com indivíduos ligados à população nacional por particulares vínculos de ordem étnica, linguística ou religiosa.⁵⁵

(1948). Segundo a professora Rossana Rocha Reis, todas elas são consideradas marcos fundadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos. REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 33, nov. 2006.

⁵⁴ PIOVESAN, 2006, p. 113 et seq.

⁵⁵ MENGOZZI, Paolo. Direitos humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 355.

É neste cenário que começam os primeiros delineamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao afastar a ideia de soberania absoluta dos Estados, em seu domínio reservado, e ao erigir os indivíduos à posição de sujeitos de Direito Internacional, dando-lhes mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda de seus direitos internacionalmente protegidos.⁵⁶

2.3 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.⁵⁷

Em consonância com a lição expendida por Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direi-

⁵⁶ Como explica Antônio Augusto Cançado Trindade: “Na fase ‘legislativa’, de elaboração dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, os mecanismos de implementação simplesmente não teriam, com toda a probabilidade, sido estabelecidos, se não tivesse superado, gradativamente e com êxito, a objeção com base no chamado domínio reservado dos Estados. Este fator fez-se acompanhar do gradual reconhecimento e cristalização da capacidade processual internacional dos indivíduos, paralelamente à gradual atribuição ou asserção da capacidade de agir dos órgãos de supervisão internacionais”. CANÇADO TRINDADE, 1991, p. 5. Em outro artigo o ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede em San José (Costa Rica), professor Cançado Trindade, escreve que uma das maiores conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida, o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 170, 1997.

⁵⁷ PIOVESAN, 2006, p. 130.

tos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵⁸

Além da universalidade dos direitos humanos, de acordo com Flávia Piovesan, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ainda, para ela, concebida como a interpretação autorizada dos arts. 1º (3) e 55 da Carta da ONU, no sentido de aclarar, definir e decifrar a expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, a Declaração de 1948 estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Combinando-se, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania ao conjugar o valor da liberdade com o valor da igualdade.⁵⁹

Seja por fixar a ideia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade da pessoa humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também sociais, econômicos e culturais, a Declaração Universal de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.

A Declaração Universal tem sido concebida como interpretação autorizada da expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais”, constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante, embora seja somente uma recomendação das Nações Unidas, adotada sob a forma de resolução de sua Assembleia-Geral, que consubstancia uma ética universal em relação à conduta dos Estados no que tange à proteção internacional dos direitos humanos. Os Estados-membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. Nesse sentido estabelece o art. 28 da Declaração que todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades sejam plenamente realizados.⁶⁰

Pode-se acrescentar, na esteira do pensamento de Valerio de Oliveira Mazzuoli, que a Declaração Universal, por ser a manifestação das regras costumeiras universalmente reconhecidas em relação aos direitos humanos, integra as normas de *jus cogens* internacional, em relação às quais nenhuma derrogação é permitida, a não

⁵⁸ PIOVESAN, 2006, p. 131.

⁵⁹ Idem, p. 131. Carlos Weis ensina que a característica da indivisibilidade ou da interdependência não distingue direitos civis e políticos com os econômicos, sociais e culturais, pois a realização de um direito pode depender do respeito e promoção de diversos outros, independentemente de sua classificação. WEIS, 1999, p. 118.

⁶⁰ Nesse sentido conferir: MAZZUOLI, 2007, p. 714; PIOVESAN, op. cit., p. 137–138.

ser por norma de *jus cogens* posterior da mesma natureza, por deterem uma força anterior a todo o direito positivo.⁶¹ A Declaração Universal de 1948 é uma extensão da Carta da ONU (notadamente dos seus artigos 55 e 56), visto que a integra, sendo obrigatória para os Estados-membros da ONU tornar suas leis internas compatíveis com as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.⁶²

2.4 A incorporação e a hierarquia dos direitos fundamentais sediados em tratados internacionais

A Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 2º) ao dar seguimento a uma tradição inaugurada na Constituição de 1891 (art. 78), prevê que os direitos e garantias expressos em seu texto “[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, *in fine*).⁶³

Importa indagar qual o significado e o alcance deste preceito constitucional. Poder-se-ia afirmar que ante a inserção dele na Constituição brasileira esta acolheu o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, de modo que admitisse a existência de direitos fundamentais implícitos e decorrentes ou fora da Constituição?

Procurar-se-á demonstrar que os direitos fundamentais não se limitam, conforme os argumentos que seguem, aqueles tipificados na Constituição, sobretudo quando ela contém cláusula aberta de direitos fundamentais ao admitir que outros direitos, além daqueles previstos por ela, possam existir, seja em razão de decorrerem do regime e dos princípios que adota, seja em razão de decorrerem dos tratados internacionais no quais o Estado brasileiro seja parte.

Canotilho, após acenar para a necessidade de uma positivação jurídica dos direitos fundamentais ao significar a incorporação na ordem jurídico-positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo, assevera a necessidade de assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no vértice (topo, ápice) das fontes de direito: as normas constitucionais.⁶⁴ Segundo ele, sem esta positivação jurídica, “[...] os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (re-

⁶¹ MAZZUOLI, 2007, p. 714

⁶² *Idem*, p. 714.

⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 11.

⁶⁴ CANOTILHO, 2003, p. 377.

gras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.⁶⁵ O ínclito jurista lusitano menciona Cruz Villalon, para quem onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais e, além disso, este autor conclui ao afirmar que “[...] os direitos fundamentais são-no, como tais, à medida que encontram reconhecimento nas constituições formais e desse reconhecimento se derivem consequências jurídicas”.⁶⁶ Canotilho adverte, por outro lado, que um “discurso como este correria, porém, o risco de ser uma narrativa positivisticamente fechada em clara ‘dessintonia’ com as premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios”.⁶⁷

Para Canotilho, a positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional e, por conseguinte, elementos legítimo-fundamentadores da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional tornem-nos, só por si, realidades jurídicas efetivas (ex. catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas⁶⁸). Essa ideia, de acordo com o jurista lusitano, fica mais bem esclarecida se aprofundar o sentido das categorias *constitucionalização* e *fundamentalização* desses direitos, os quais são aspectos importantes para o reconhecimento jurídico deles.⁶⁹

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem nas constituições formais. Para Canotilho, a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores desses direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais, segundo o jurista lusitano, devem ser com-

⁶⁵ CANOTILHO, 2003, p. 377.

⁶⁶ VILLALON, 1989 apud CANOTILHO, 2003, p. 377.

⁶⁷ Idem, p. 377.

⁶⁸ Segundo Pedro Lenza, as *constituições semânticas* são simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28. Vale assinalar as ponderações de Uadi Lammêgo Bulos, para quem as *constituições semânticas* encontram-se submetidas ao poder político prevalecente. De acordo com este autor, “Trata-se de um documento formal criado para beneficiar os detentores do poder de fato, que dispõem de meios para coagir os governados. Se inexistisse constituição formal ou escrita, a vida institucional não sentiria qualquer diferença. O aparato coativo do Estado, posto ao dispor dos poderosos, funcionaria do mesmo jeito, a fim de privilegiá-los de alguma maneira. Karl Loewenstein compara a carta semântica a uma roupa que não veste bem, mas dissimula, esconde, disfarça os seus defeitos”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40. Canotilho ensina que as *constituições semânticas* são “constituições de fachada”, pois para ele, não é pelo fato de existir um documento designado constituição que temos uma constituição. Esta existe, conforme lição do expoente jurista, quando o documento contém regras jurídicas materialmente consideradas como “boas”, “valiosas” ou “intrinsecamente legítimas”. CANOTILHO, op. cit., p. 1131.

⁶⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 378.

preendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos.⁷⁰

A categoria da fundamentalização (diga-se fundamentalidade), que o ilustre jurista lusitano define com base nas lições de Robert Alexy, é a especial consideração dedicada à proteção de certos direitos, que pode ocorrer tanto num sentido formal quanto num sentido material.⁷¹ Embora tenham sido definidos em momentos atrás, cumpre assinalar aqui sua importância para o desenvolvimento deste tópico ao serem delineados, com outras palavras, a fim de adentrar com profundidade na concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Num sentido formal, a fundamentalidade, normalmente associada à constitucionalização, produz as seguintes consequências: a) as normas que definem os direitos fundamentais são consideradas normas fundamentais situadas no ápice do ordenamento jurídico; b) por essa razão, sujeitam-se a procedimento especial de reforma; c) manifestam-se, em regra, como limites materiais ao poder de reforma; d) e, finalmente, vinculam imediatamente os poderes públicos.

Agora, num sentido material, que aqui interessa, a fundamentalidade dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Assim, se o direito, em razão de seu conteúdo, é indispensável para a constituição e manutenção das estruturas básicas do Estado e da sociedade, sobretudo no que refere à posição neles ocupada pela pessoa, ele é fundamental, independentemente de ser constitucionalizado. A ideia de fundamentalidade material pode estar ou não associada à constituição escrita. Ela decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento decisivamente constitutivo da Constituição material ao conter decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Por esse motivo, como leciona Canotilho, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para:

(1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais.⁷²

⁷⁰ CANOTILHO, 2003, p. 378.

⁷¹ Idem, p. 378.

⁷² Idem, p. 379.

De fato, do mesmo modo que há uma constituição formal e uma constituição material, pode-se conceber, igualmente, a existência de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Assim, apreende-se desta lição que os direitos podem ser formal e/ou materialmente fundamentais.⁷³ Serão formal e materialmente fundamentais quando, visto serem relevantes para o Estado e para a sociedade, eles forem incorporados a uma constituição escrita. Serão apenas formalmente fundamentais quando estiverem, só por isso, inseridos num texto constitucional escrito, embora não representem importância para o Estado e para a sociedade, ou seja, não se enquadram, por sua substância e importância, no conceito material dos direitos fundamentais. Finalmente, na esteira do pensamento de Dirley da Cunha Júnior, serão materialmente fundamentais quando, ainda que revelassem, por seu conteúdo, imprescindíveis para as estruturas básicas do Estado e da sociedade, não estiverem constitucionalizados.⁷⁴ É importante aclarar, consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que a despeito de não estar necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por meio do Direito Constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF/1988) que a ideia de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não previstos no seu texto.⁷⁵

Importa averiguar se a Constituição brasileira contém cláusula aberta que permita acolher os chamados direitos materialmente fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido material, que são aqueles não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade, isto é, de seu conteúdo e importância para sobrevivência e convivência digna do homem em sociedade, são direitos fundamentais, detentores da mesma dignidade dos direitos constitucionalizados.⁷⁶

A essa abertura material denomina-se, com arrimo em lição de Jorge Miranda, de “*não tipicidade de direitos fundamentais*”.⁷⁷ Em razão dela, a doutrina entende que a Constituição brasileira reconhece a fundamentalidade material dos direitos fundamentais à medida que se associou a um conceito materialmente aberto de direitos

⁷³ Nesse sentido: ANDRADE, 2004, p. 75–97; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 523–524; SARLET, 2007, p. 88–96 – Este último jurista citado entende ser mais adequada a posição que sustenta existir apenas duas espécies de direitos fundamentais: (1) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na constituição formal); (2) direitos apenas materialmente fundamentais (sem assento no texto constitucional). Em sentido contrário, tem-se a opinião de Jorge Miranda para quem “[...] todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material”. MIRANDA, 2000, p. 9.

⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 618.

⁷⁵ SARLET, 2007, p. 89.

⁷⁶ Idem, p. 100–101.

⁷⁷ MIRANDA, 2000, p. 162. Essa cláusula aberta é também chamada por José Carlos Vieira de Andrade de *não identificação*. ANDRADE, op. cit., p. 75.

fundamentais.⁷⁸ Desse modo, são encontradas na Constituição brasileira, segundo lição de Dirley da Cunha Júnior, não só os direitos formais e materialmente fundamentais (a maioria dos direitos fundamentais previstos no catálogo, visto que estão ancorados na constituição formal), mas também os direitos só formalmente fundamentais (de que são exemplos os contidos no art. 5º, incisos XXVIII e XXIX e art. 7º, incisos XI e XXIX) e não só materialmente fundamentais (estes situados fora do catálogo da Constituição ou até mesmo fora da própria Constituição, como se verá, identificados pelo conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, da CF/1988).⁷⁹

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a regra do art. 5º, § 2º, da CF/1988 traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de Estado, mesmo não constando no catálogo.⁸⁰ Para o referido jurista, o rol do art. 5º da Constituição brasileira, apesar de analítico, não tem caráter taxativo, ou seja, é sempre exemplificativo. E assinala que o alcance do art. 5º, § 2º da Constituição brasileira não é o de restringir, mas o de ampliar e completar o catálogo de direitos fundamentais a fim de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos.⁸¹ Nesse sentido, cumpre consignar a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho para quem

[...] a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias “não exclui outros resultantes do regime e dos princípios” adotados. Há nisto o reconhecimento de direitos implícitos.⁸²

⁷⁸ PIOVESAN, 2006, p. 55–57; MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 662–663; MAZZUOLI, 2007, p. 685; TAVARES, 2006, p. 420; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 616 et seq.; SARLET, 2007, p. 93 et seq.; SILVA, 2007b, p. 182–183.

⁷⁹ É o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 619). Vale lembrar a posição de José Carlos Vieira de Andrade, o qual defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais ao compreenderem os previstos no catálogo, mas em virtude de sua substância e importância não se enquadram no conceito material de direitos fundamentais. Saliente-se, todavia, que José Carlos Vieira de Andrade parte de uma presunção de materialidade dos direitos fundamentais consagrados na constituição. ANDRADE, 2004, p. 77 et seq. Em sentido diverso, Jorge Miranda defende o ponto de vista de acordo com o qual todos os direitos fundamentais em sentido formal (integrantes do catálogo) também são materialmente fundamentais, posição que parece ser a mais adequada. MIRANDA, 2000, p. 9.

⁸⁰ SARLET, 2007, p. 93.

⁸¹ Idem, p. 93, 97–98, 141. No mesmo sentido: CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 622; MAZZUOLI, 2007, p. 684; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 411; MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 406–407.

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 30. Segundo lição de Dirley da Cunha Júnior, “[...] essa é a verdadeira inteli-

A cláusula de abertura material insculpida no art. 5º, § 2º da Constituição Federal enseja a identificação de dois grandes grupos de direitos fundamentais: 1º) os direitos fundamentais expressos ou expressamente positivados ou escritos, que compreendem (a) os direitos expressamente previstos no catálogo de direitos fundamentais (Título II) ou em outras partes do texto constitucional – direitos com *status* constitucional material e formal, e (b) os direitos fundamentais sediados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte; 2º) os direitos fundamentais não expressos ou não expressamente positivados ou não escritos que alcançam (a) os direitos implícitos subentendidos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas, e (b) os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, considerados o regime e os princípios previstos no Título I.⁸³

Ora, ao prescrever que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes [...] dos tratados internacionais”, a Constituição Federal está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos.⁸⁴ A Constituição de 1988 inova ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos fundamentais sediados nos tratados internacionais que o Estado brasileiro seja signatário. Essa disposição constitucional ensejou uma instigante discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o *status* normativo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a qual pode ser sistematizada em cinco correntes principais, a saber:

1. a vertente que reconhece a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;⁸⁵
2. o posicionamento que atribui o caráter *constitucional* a esses diplomas internacionais;⁸⁶

gência que se extrai da dicção do § 2º do art. 5º da Constituição Federal que encerra uma ‘cláusula materialmente aberta’ ou ‘cláusula inesgotável’ ou uma ‘norma de *fatispecie* aberta’ de direitos fundamentais, o que demonstra a não tipicidade desses direitos”. CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 622.

⁸³ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 622–623.

⁸⁴ PIOVESAN, 2006, p. 52.

⁸⁵ MELLO, 1999 apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 625; ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 129–130.

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 625; PIOVESAN, 2006, p. 72–74; SARLET, 2007, p. 145–147, 160; LENZA, 2008, p. 162; MAZZUOLI, 2007, p. 694; LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 16–18 e a posição firmada pelo Ministro Celso de Mello no voto proferido, em 12/03/2008, no RE 466.343/SP – Relator Ministro Cezar Peluso – Informativo 498/STF de 19/03/2008.

3. a tendência que reconhece o *status* de *lei ordinária* a esse tipo de documento internacional;⁸⁷
4. a interpretação que atribui caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos;⁸⁸
5. por fim, em razão da EC nº 45/2004, os que propugnam a existência de duas categorias de tratados internacionais caso incorporem no direito brasileiro normas de direitos humanos: equivalentes a *emendas constitucionais* se aprovados pelo *quorum* previsto no § 3º, do art. 5º, da CF/1988 e força jurídica de *lei ordinária* se aprovados por maioria simples do Congresso Nacional.⁸⁹

A primeira vertente professa que os tratados de direitos humanos possuíam *status* supraconstitucional.⁹⁰ Celso de Albuquerque Mello é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de direitos humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios concernentes às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de direitos humanos. Eis a íntegra de seu pensamento:

[...] a Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais [...]. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que **a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional**, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional.⁹¹

⁸⁷ FERREIRA FILHO, 2006, p. 101–102; BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 413–414; Decisão paradigmática do STF – RE 80.004/SE, Relator Ministro Xavier de Albuquerque – julgado em 1º/06/1977, DJ de 29/12/1977 – antes da CF/1988; STF – Pleno – ADI nº 1.480–3/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 04/09/1997 – após a promulgação da CF/1988.

⁸⁸ Art. 25 da Constituição da Alemanha, art. 55 da Constituição da França, art. 28 da Constituição da Grécia mencionado por: LENZA, 2008, p. 391; MENDES; COELHO, GONET BRANCO, 2007, p. 665–666; e a posição firmada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no voto proferido, em 22/11/2006, no RE 466.343/SP – Relator Ministro Cezar Peluso – Informativo 449/STF, de 29/11/2006.

⁸⁹ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 49–50; MORAES, 2007, p. 408–409.

⁹⁰ Tratados com *status* supraconstitucional são aqueles que estão acima das constituições dos Estados. São tratados que regem relações do Estado ou do indivíduo com os órgãos da Justiça Global. Exemplo: Estatuto de Roma de 1998 que criou o Tribunal Penal Internacional. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?* *Revista de Direito*, Valinhos, SP, v. XII, n. 15, p. 16, ago. 2009.

⁹¹ MELLO, 1999 apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 625. Grifo nosso.

Um argumento plausível é o vertido por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior ao consignarem que o Reformador da Constituição não ficou atado à novel disposição do § 3º, do art. 5º, da CF/1998, mas avançou ao acrescentar pela EC nº 45/2004 o § 4º, do art. 5º, da CF/1988 ao estabelecer que o Brasil deva se submeter à jurisdição de Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma,⁹² ao ter manifestado adesão. Segundo os insignes publicistas, cuida-se de um passo significativo no sentido da sedimentação de uma ordem transnacional de proteção dos direitos humanos. E arrematam ao declararem que a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunais Penais Internacionais a cuja criação tenha manifestado adesão “[...] *enuncia claramente que a Constituição encampa a concepção dos direitos humanos como **direitos de caráter supraconstitucional**, que sobrepujam, inclusive, a soberania dos países*”.⁹³

Segundo lapidar magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, deve ser considerada a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.⁹⁴ Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais.⁹⁵

Ainda, de acordo com o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição

⁹² O Estatuto de Roma é o tratado multilateral adotado em 17 de julho de 1998, em Roma, na Itália, ao criar o primeiro Tribunal Penal Internacional (TPI) ou Corte Penal Internacional (CPI) de caráter permanente da História. O documento entrou em vigor internacional no dia 1º de julho de 2002, passando a vigorar, para o Brasil, a partir de 1º de setembro do mesmo ano, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. O seu estabelecimento significa um marco não só para a proteção internacional dos direitos humanos, como para o próprio Direito Internacional.

⁹³ ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 130. Grifo nosso.

⁹⁴ De acordo com a lição de José Afonso da Silva, da rigidez constitucional emana, como principal consequência, o princípio da supremacia da constituição ao significar que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos à medida que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. Para o expoente jurista, a supremacia material é reconhecida nas constituições costumeiras e nas flexíveis, cuja ideia é somente admissível sob o ponto de vista sociológico; no entanto, sob o ponto de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra da rigidez, de que é o primeiro e principal corolário; uma vez que a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. SILVA, 2007b, p. 45–46.

⁹⁵ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 655.

Federal,⁹⁶ mas respeitando o seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.⁹⁷

Ainda, para os retrorreferidos publicistas, o argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não resolve o problema. A sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão “direitos humanos” poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanente.⁹⁸

Para os multicitados publicistas, a equiparação entre tratado e Constituição esbarraria, pois, na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal (STF) para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais perante a ordem constitucional nacional. Ressalte-se, porém, uma vez que esse tipo de controle possa ser exercido, não se podem olvidar as possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Direito Internacional.⁹⁹

É nesse contexto que se impõe, conforme lição dos referidos publicistas, a necessidade de utilização de uma espécie de *controle prévio*, o qual poderia impedir ou desaconselhar a ratificação do tratado de maneira que ofereça ao Poder Executivo possibilidades de renegociação ou aceitação com reservas. Essa ideia, apesar de todos os óbices do sistema brasileiro, já apresenta os elementos suficientes para a sua exequibi-

⁹⁶ A aplicabilidade dos preceitos internacionais somente é possível a partir do momento em que cumpridos os requisitos solenes para a sua devida integração à ordem jurídico-constitucional, a saber: a) celebração do tratado ou convenção internacional; b) aprovação pelo Parlamento; c) ratificação pelo Chefe de Estado, a qual se conclui com a expedição de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (1º) a promulgação do tratado internacional; (2º) a publicação oficial de seu texto; e (3º) a executoriedade do ato internacional, que somente a partir desse momento passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 656. No mesmo sentido tem-se a preleção de Alexandre de Moraes ao aduzir a existência de 3 (três) fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional no ordenamento jurídico interno:

- 1ª fase: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII);
- 2ª fase: é de competência exclusiva de o Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada mediante a aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado;
- 3ª fase: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. MORAES, 2007, p. 408–409.

⁹⁷ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 656.

⁹⁸ Idem, p. 656.

⁹⁹ Idem, p. 656.

lidade, visto que o Decreto Legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de impugnação pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou, ainda, pela via da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Esse controle de caráter preventivo é possível no Brasil.¹⁰⁰

Assim, ante todos os inconvenientes resultantes da eventual supremacia dos tratados na ordem constitucional, há quem defenda o segundo posicionamento, o qual sustenta que os tratados ou convenções internacionais de direitos humanos possuíam estatura constitucional.

Essa tese entende o § 2º do art. 5º da Constituição Federal como uma *cláusula aberta de recepção* de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Segundo Flávia Piovesan, por força do § 2º do art. 5º do Texto Maior, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade.¹⁰¹ O *quorum* qualificado de três quintos dos votos dos membros em cada Casa do Congresso Nacional (nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/1988) está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados ao propiciar a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Para a ilustre autora, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a

¹⁰⁰ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 657.

¹⁰¹ Conforme profícua lição de Kildare Gonçalves Carvalho, entende-se por *bloco de constitucionalidade*, conceito desenvolvido no constitucionalismo francês por Louis Favoreu, na década de 1970, tudo o que compõe o ordenamento jurídico com *status* constitucional. O bloco de constitucionalidade traduz a ideia de unidade e solidez e se refere ao conjunto de princípios e regras não inscritos na Constituição, situados no mesmo nível da Constituição, portanto, de valor constitucional, cujo respeito se impõe à lei, e que não podem ser divididos. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 261. Vale assinalar, ainda, em conformidade com a análise de Kildare Gonçalves Carvalho e na esteira do pensamento de Flávia Piovesan, que os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, caracterizado como cláusula constitucional aberta, integrariam o bloco de constitucionalidade, mesmo ante o disposto no § 3º, acrescentado ao art. 5º pela EC nº 45/2004, ao prever que apenas os tratados e convenções sobre direitos humanos caso sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, é que seriam equivalentes às emendas constitucionais. E isso porque a emenda apenas acrescentou o lastro formal aos tratados de direitos humanos, não retirando a sua característica material, ou seja, pelo § 2º do art. 5º, aqueles tratados são materialmente constitucionais, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade. CARVALHO, 2006, p. 261. Cumpre consignar o lapidar magistério de Canotilho, para quem o “[...] programa normativo-constitucional [é o resultado de um processo parcial de concretização estabelecido fundamentalmente na interpretação do texto normativo – nota nossa] não se pode reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, **alargando o ‘bloco de constitucionalidade’** a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”. CANOTILHO, 2003, p. 921. Grifo nosso.

celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade da pessoa humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. A preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico–normativo, e não ser condicionado por ela.¹⁰²

Para Flávia Piovesan, o novo dispositivo – o art. 5º, § 3º, acrescentado pela EC nº 45/2004 – vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial, ou seja, ainda que fossem aprovados pelo elevado *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional tão somente pelo procedimento de sua aprovação.¹⁰³

Ainda, consoante magistério de Flávia Piovesan, se os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à emenda nº 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais; agora, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu *quorum* de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º.¹⁰⁴ No mesmo sentido, afirma Celso Lafer:

[...] Com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo parágrafo 3º do art. 5º.¹⁰⁵

Flávia Piovesan aduz, ainda, que com o advento do § 3º do art. 5º surgiram duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais.¹⁰⁶ Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dis-

¹⁰² PIOVESAN, 2006, p. 72.

¹⁰³ Idem, p. 73.

¹⁰⁴ Idem, p. 73–74.

¹⁰⁵ LAFER, 2005, p. 17.

¹⁰⁶ PIOVESAN, op. cit., p. 74. Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal”. SARLET, 2007, p. 89.

positivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.¹⁰⁷

Outro defensor da tese que atribui *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos é o professor Valerio de Oliveira Mazzuoli que, no seu entender, a Constituição de 1988, conforme disposto no § 2º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela oriunda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra proveniente do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, segundo o professor Valerio Mazzuoli, a Constituição de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de *fonte* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados, de acordo com o professor citado, passaram a ser fonte do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detém tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida, pois ao que se visa é a *otimização* e a *maximização dos* sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais.¹⁰⁸

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição de 1988 constitui-se de cláusula aberta que sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa. Portanto, conforme defende, o fato de os direitos humanos se encontrarem em tratados internacionais jamais impediu a sua caracterização como direitos de *status* constitucional.¹⁰⁹

Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição ao dispor que os direitos e garantias expressos no texto constitucional “*não excluem outros decorrentes do regime e*

¹⁰⁷ PIOVESAN, 2006, p. 74.

¹⁰⁸ MAZZUOLI, 2007, p. 685.

¹⁰⁹ Idem, p. 685.

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, pois, de acordo com o professor Valerio Mazzuoli, uma vez que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando seu *bloco de constitucionalidade* e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Portanto, já se exclui, desde logo, o entendimento de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, visto que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples (nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição) e não pelo *quorum* que lhes impõe o referido parágrafo. E sustenta que o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribui *status* de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida. Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária ou de lei complementar, ou o quer que seja. Para o professor, o que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.¹¹⁰

Para o mencionado professor, deve-se atentar que os dois referidos parágrafos do art. 5º da Constituição cuidam de coisas similares, mas diferentes. Quais coisas diferentes? Segundo o professor, para quê serviria a regra insculpida no § 3º do art. 5º da Lei Fundamental, senão para atribuir *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos? A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º do art. 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do art. 5º, os “*tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte*” são, *contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando conseqüentemente a deter o *status* de norma constitucional e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (bloco de constitucionalidade); já nos termos do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição, uma vez aprovados tais tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado ali estabelecido, esses instrumentos internacionais, uma vez ratificados pelo Brasil, passam a ser “*equivalentes às emendas constitucionais*”.¹¹¹

Ainda, conforme Valerio Mazzuoli, existe diferença em dizer que os tratados de direitos humanos têm *status* de norma constitucional e dizer que eles são *equiva-*

¹¹⁰ MAZZUOLI, 2007, p. 694.

¹¹¹ *Idem*, p. 694.

lentes às emendas constitucionais, pois a relação entre tratado e emenda constitucional estabelecida por essa norma é de *equivalência* e não de *igualdade*, em razão do fato de o tratado e norma interna serem coisas desiguais, não tendo a Constituição pretendido dizer que “A é igual a B”, mas, sim, que “A é equivalente a B”, em nada influenciando no *status* que tais tratados podem ter independentemente de aprovação qualificada. Falar que um tratado tem *status* de norma constitucional é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material e não formal da Lei Maior, o que é menos amplo dizer que ele é *equivalente* a uma emenda constitucional, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Dizer que um tratado equivale a uma emenda constitucional significa dizer que ele tem a mesma potencialidade jurídica de uma emenda.¹¹²

Assim, o que se quer destacar é que o regime material (menos amplo) dos tratados de direitos humanos não pode ser confundido com o regime formal (mais amplo) que esses mesmos tratados podem ter caso forem aprovados pela maioria qualificada ali estabelecida. Perceba-se que, neste último aspecto, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional. Segundo o professor, ao se fazer uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade da pessoa humana, chega-se à seguinte ilação: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm *status* de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais, ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais, desde que a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.¹¹³

¹¹² MAZZUOLI, 2007, p. 694–695.

¹¹³ Idem, p. 695. Interessante é o voto do Ministro Celso de Mello ao procurar analisar o *status* constitucional dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. O Ministro Celso de Mello sustentou que desde a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se ao Ministro Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil ao consignar que estes possuem hierarquia constitucional. Sobre esse ponto, o Ministro Celso de Mello destacou a existência de três distintas situações relacionadas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/1988, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da Constituição Federal; 2) os que vierem a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele venha aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais o país aderiu) entre a promulgação da CF/1988 e a superveniência da EC nº 45/2004, assumiriam caráter materialmente constitucional porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito

Registre-se que os defensores desse segundo posicionamento, sobretudo Dirley da Cunha Júnior, Flávia Piovesan, Ingo Wolfgang Sarlet e Valerio de Oliveira Mazzuoli ao sustentarem que eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela *aplicação da norma mais favorável à vítima*, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito.¹¹⁴ Dessa forma, o direito interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.¹¹⁵

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos é prevista, por exemplo, na Constituição da Argentina¹¹⁶, que delimita o rol de diplomas internacionais possuidores de *status* constitucional diferenciado em relação aos demais

de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. Posição firmada pelo Ministro Celso de Mello no voto proferido, em 12/03/2008, no RE 466.343/SP – Relator Ministro Cezar Peluso. Informativo 498/STF de 19/03/2008.

¹¹⁴ Nesse sentido conferir: CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 625; PIOVESAN, 2006, p. 99–100; MAZZUOLI, 2007, p. 685; SARLET, 2007, p. 148 – para este jurista, na hipótese de eventual colisão entre direitos fundamentais oriundos de fontes de Direito Internacional e de direito interno ou, ainda, entre direitos integrantes do catálogo da Constituição deve-se impor a opção pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁵ PIOVESAN, 2006, p. 100. Para Antônio Augusto Cançado Trindade, “Para a superação dos velhos e infundados temores contribuiu decisivamente a consciência da necessidade de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e nacional, de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. Voltadas a este propósito encontram-se, e.g., as cláusulas de tratados sobre proteção de direitos humanos de compatibilização entre seus dispositivos e os de direito interno, por vezes com uma referência expressa aos preceitos constitucionais e leis internas do Estado para harmonizá-los com os dispositivos convencionais e tornar eficazes os direitos garantidos (a demonstrarem que os próprios instrumentos internacionais – tratados –, a par de seus órgãos e mecanismos, confiam assim a proteção dos direitos humanos também – e primariamente – aos órgãos, dispositivos e procedimentos do direito público interno) [...]”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 44, n. 177, p. 44–45, jan./jun. 1991.

¹¹⁶ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina de 1994*. “Art. 75 – Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción Del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por Ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Disponível em <http://www.argentina.gob.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

tratados de caráter comum.¹¹⁷ Da mesma forma, a Constituição da Venezuela¹¹⁸, a qual, além da hierarquia constitucional, estabelece a aplicabilidade imediata e direta dos tratados na ordem interna e fixa a regra hermenêutica da norma mais favorável ao indivíduo, tal como defendido por essa segunda corrente doutrinária.

A terceira corrente é a que sustenta *status* de autênticos *atos normativos infraconstitucionais* aos tratados e convenções internacionais, possuindo a hierarquia de qualquer *lei ordinária* e que se sujeita ao pórtico da supremacia da Constituição, além de ser suscetível de invalidamento via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).¹¹⁹ Tratados que não cuidam de direitos humanos (mercantis, econômicos, de cooperação, de demarcação territorial etc.) constituem tratados com valor legal. No entanto, a exceção, nesse grupo, reside nos tratados de direito tributário porque, nesse caso, possuem valor supralegal por força do art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN) – Lei 5.172/1966.¹²⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que embora haja quem defenda uma norma de tratado internacional seja sempre superior à legislação interna de tal modo que prevaleça mesmo quando esta (legislação interna) fosse posterior àquela (norma de tratado internacional); conquanto haja quem pretenda seja a norma do tratado internacional superior à própria norma constitucional, para o notável jurista, nenhuma dessas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro.¹²¹

Para o expoente jurista, no direito brasileiro três normas regem a matéria: primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre legislação interna anterior; terceira, ao ter, porém, a mesma estatura hierárquica das leis do

¹¹⁷ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 658.

¹¹⁸ VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000*. “Art. 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.gob.ve/leyes/1-CONSTITUCION.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2009.

¹¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 413–414; FERREIRA FILHO, 2006, p. 101–102.

¹²⁰ GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 8. Segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) como no RESP 209.526/RS, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins – 2ª Turma – traz a seguinte ementa: “[...] O art. 98/CTN não admite a revogação de tratado pela legislação tributária antecedente ou superveniente. [...]” Decisão em 18.04.2000. Publicada no Diário da Justiça em 26.06.2000, p. 145. E outra mais recente verificada no AARESP 259.097/RJ. Relator Ministro Castro Meira – 2ª Turma – possui o seguinte excerto: “[...] Em se tratando de matéria tributária, a superveniência de legislação nacional não revoga disposição contida em tratado internacional contratual, consoante dispõe o art. 98 do CTN. [...]” Decisão em 12.05.2005. Publicada no Diário da Justiça em 01.07.2005, p. 458.

¹²¹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 101.

direito interno, a norma de tratado não prevalece sobre lei posterior (esta pode, inclusive, revogar, derogar a norma de tratado). Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho cita a lição de Francisco Rezek,¹²² o qual adverte que o Estado brasileiro continua, no plano do Direito Internacional vinculado à obrigação que contraiu, mas ao advir uma nova lei interna dispondo em contrário os termos do tratado poderá este ser descumprido, até que pelo caminho adequado se desvincule da obrigação internacional contraída.¹²³

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ante os argumentos expendidos, resulta prevalecer sempre o regime do direito tal qual estabelecido na Constituição brasileira sobre o que estiver definido no tratado, seja este anterior ou posterior à Constituição.¹²⁴ E conclui ao asseverar que

[...] as normas do Pacto de San José da Costa Rica [Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em 1969 e ratificada pelo Brasil no ano de 1992 – nota nossa], a que adere o Brasil, não prevalecem sobre o direito constitucional positivo brasileiro. **Têm apenas a força de legislação ordinária.**¹²⁵

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.480–3/DF, Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 04/09/1997, suscitou interessantes aspectos relacionados à hierarquia dos tratados internacionais no contexto jurídico brasileiro.

O aludido julgado evidenciou que os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de *paridade normativa*.¹²⁶

Para o Ministro Celso de Mello, em voto proferido na supracitada ADI, entendeu que no sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno so-

¹²² REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96–102.

¹²³ Idem, p. 98–100.

¹²⁴ FERREIRA FILHO, 2006, p. 101.

¹²⁵ Idem, p. 102. Grifo nosso.

¹²⁶ Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na referida ADI 1.480-3/DF, julgada em 04.09.1997. Em momento posterior, no ano de 2008, ao proferir seu voto no RE 466.343/SP, o próprio Ministro Celso de Mello alterou sua posição que defendia na retrocitada ADI, ou seja, a paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno, ao propugnar agora a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes da promulgação da Constituição de 1988, devem ter o **mesmo status** dos dispositivos inscritos na Constituição Federal.

mente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico *lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade.¹²⁷

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a mudança constitucional, com o advento da EC nº 45/2004, a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, pois os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais terão que ser aprovados por um *quorum* qualificado nas duas Casas do Congresso, acenou para a insuficiência da tese da legalidade ordinária (propugnada pela 3ª corrente) dos tratados e convenções já ratificados pelo Brasil, a qual vinha sendo preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento paradigmático do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º/06/1977, DJ de 29/12/1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após a promulgação da Constituição de 1988 tais como: HC 79.870/SP, Rel. Moreira Alves, DJ de 20/10/2000; HC 72.131/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJ de 1º/08/2003; RE 206.482/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 05/09/2003 – dentre outros.¹²⁸

Importante clarificar, conforme escólio de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que a tese da legalidade ordinária, à medida que permitia ao Estado brasileiro o descumprimento unilateral de um acordo internacional, violava os princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.¹²⁹

O anacronismo da tese da legalidade ordinária dos tratados de direitos humanos, mesmo antes da reforma constitucional levada a efeito pela EC nº 45/2004, está bem demonstrado por Antônio Augusto Cançado Trindade no seguinte excerto:

A disposição do artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias expressos nesta não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte incorporam-se *ipso iure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do

¹²⁷ Parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na referida ADI 1.480-3/DF, julgada em 04.09.1997.

¹²⁸ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 659.

¹²⁹ Idem, p. 665.

artigo 5º, § 1º da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60, § 4º, IV). A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, **mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.**

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o artigo 5º, § 2º. Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.

É esta a interpretação correta do artigo 5º, § 2º da Constituição brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, no plano tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos – que na verdade não existem –, mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.¹³⁰

Então, para a 4ª (quarta) corrente, capitaneada pelos multicitados juristas – Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco – os quais perfilham a tese de que é mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese

¹³⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de direitos humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 46–47. Grifo nosso.

pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, ante seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.¹³¹ Nesse sentido, no julgamento final do Recurso Extraordinário 466.343–SP, o STF firmou posição ao acolher o *status de supralegalidade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna.¹³²

Para os ínclitos juristas retrocitados, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico e que equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.¹³³ Na experiência do direito comparado, o mesmo tratamento hierárquico–normativo é dado aos tratados e convenções internacionais pela Constituição da Alemanha (art. 25)¹³⁴, pela Constituição da França (art. 55)¹³⁵ e pela Constituição da Grécia (art. 28).¹³⁶

Portanto, segundo magistério dos retrorreferidos juristas, ante o inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a

¹³¹ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 665.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343–SP. EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 05.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

¹³³ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, op. cit., p. 666.

¹³⁴ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. “Art. 25: Las reglas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal” (Tradução livre para o espanhol). Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz_espanol_down,property=Daten.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

¹³⁵ FRANÇA. *Constituição da V República da França de 1958*. “Art. 55: Devidamente ratificado ou aprovado tratados ou acordos devem, após a sua publicação, substituir as leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, a sua aplicação pela outra parte” (Tradução livre). Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html>. Acesso em: 10 set. 2009.

¹³⁶ GRÉCIA. *Constituição da Grécia de 1975*. “Art. 28: 1. Forman parte integrante del derecho helénico interno y tendrán un valor superior a toda disposición en contrario de la ley las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas, así como los tratados internacionales una vez ratificados por vía legislativa y entrados en vigor con arreglo a las disposiciones de cada uno. Estará siempre sujeta a condición de reciprocidad la aplicación de las normas del derecho internacional general y los tratados internacionales a los extranjeros”. (Tradução livre para o espanhol). Disponível em: <<http://html.rincodelvago.com/constitucion-de-gracia-de-1975.html>>. Acesso em: 10 set. 2009.

eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.¹³⁷

Os juristas supracitados que integram a 4ª (quarta) corrente aduzem que o legislador constitucional não fica impedido de submeter, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status de emenda constitucional*.¹³⁸

A tese que sustenta o *status* supralegal conferido aos tratados e convenções de direitos humanos já havia sido aventada no RHC 79.785/RJ, pelo voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, o qual acenou a possibilidade em considerar os tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. O referido Ministro manifestou seu pensamento da seguinte forma:

Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (Hans Kelsen. *Teoria geral do direito e do Estado*. M. Fontes, UnB, 1990, p. 255). Se for assim, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da CF/1988, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento da internacionalização dos direitos humanos. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim a aceitar a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.¹³⁹

Luiz Flávio Gomes ao versar sobre o valor jurídico dos tratados de direitos humanos, sobretudo ao posicionar-se ante o voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira

¹³⁷ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 670–671.

¹³⁸ *Idem*, p. 671.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785–RJ. EMEN-TA: I – Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. II – A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. III – Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. Reclamante: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29.03.2000. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 22.11.2002. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

Mendes, em 22/11/2006, no RE 466.343/SP, cujo julgado fora concluído com a publicação do acórdão do STF no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) em 05/06/2009 – prevalência da tese do *status* de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos¹⁴⁰ –, consigna que embora entenda os tratados de direitos humanos com *status* ou com paridade constitucional, terminou não sendo sufragado pelo citado Ministro, “[...] *mas não se pode negar que seu voto retrata um significativo avanço nessa matéria, visto que os concebe com status supralegal (estão acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição)*”.¹⁴¹ O expoente jurista destaca que

O que de mais relevante se depreende desse voto é o seguinte: todo direito interno que conflita com o Direito humanitário internacional não possui validade. É vigente, mas não é válido. Isso foi afirmado (com todas as letras) pelo Min. Gilmar Mendes na questão da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária. A lei ordinária prevê essa prisão civil, a Constituição brasileira também, mas ela é refutada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7º, 7). Logo, não tem validade (RE 466.343–SP).

Isso significa que a produção do Direito, agora, não conta só com limites formais, senão também materiais. Esses últimos são dados, sobretudo pelos direitos humanos fundamentais contemplados na Constituição e nos Tratados de Direitos Humanos. Rompendo com as concepções clássicas do positivismo legalista, impõe-se concluir que nem toda lei vigente é válida. E quando ela é válida? Somente quando conta com dupla compatibilidade vertical, ou seja, compatibilidade com o Direito humanitário internacional assim como com a Constituição.¹⁴²

Por fim, delinea-se a tese vertida pela 5ª (quinta) e última corrente, para a qual, em razão da EC nº 45/2004, propugna a existência de duas categorias de tratados internacionais caso incorporem no direito brasileiro normas de direitos humanos: equivalentes a *emendas constitucionais* se aprovados pelo *quorum* previsto no § 3º, do art. 5º, da CF/1988 e força jurídica de *lei ordinária* se aprovados por maioria simples do Congresso Nacional.

¹⁴⁰ Em conclusão de julgamento, o STF concedeu *habeas corpus* (HC 87.585/TO) em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“*não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;*”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do *status* de supralegalidade da referida Convenção no julgamento do RE 466.343/SP. Detalhamento desse julgado poderá ser averiguado no Informativo nº 531/STF de 11.12.2008.

¹⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *O valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 12 abril 2007. p. 1–2.

¹⁴² Idem, p. 2.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins entendem que a EC nº 45/2004 permitiu a ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos de acordo com o procedimento do art. 49, inciso I, da CF/1988. Em razão disso, segundo os autores, têm-se atualmente duas categorias de tratados internacionais que incorporam ao direito brasileiro normas de direitos humanos.¹⁴³

Para os autores supracitados, a primeira categoria compreende os tratados que serão aprovados segundo o *procedimento das emendas constitucionais* equivalendo formalmente a essas. Integram o bloco de constitucionalidade, submetendo-se à exigência de respeitar as cláusulas pétreas. Só podendo ser modificados ou retirados do ordenamento mediante emenda constitucional posterior. Em virtude de sua constitucionalização, tais tratados não admitem emenda constitucional tendente a abolir normas do tratado, protegidas como cláusulas pétreas.¹⁴⁴

A segunda categoria, segundo os referidos autores, compreende os tratados *aprovados por maioria simples do Congresso Nacional*. Para eles, têm força de lei ordinária e podem ser derogados ou abrogados mediante lei posterior. Pertencem a essa categoria todos os tratados internacionais aprovados antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004. Não tendo ocorrido uma modificação completa do procedimento de ratificação dos tratados, não se aplica o argumento em favor de sua constitucionalização oferecido pela teoria da recepção. E concluem ao consignarem que caberia ao Congresso Nacional avaliar, futuramente, a oportunidade de proceder a uma nova discussão e eventual aprovação desses tratados, com *status* de emenda constitucional.¹⁴⁵

Não é diferente a posição de Alexandre de Moraes, o qual aponta as características essenciais da incorporação no plano do direito interno os atos ou tratados internacionais, nestes termos:¹⁴⁶

- a) a norma internacional contida em um ato ou tratado do qual o Brasil seja signatário (art. 84, VIII, da CF/1988), por si só, não dispõe de qualquer vigência e eficácia no direito interno;
- b) Direito Constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado);

¹⁴³ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 49.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 50.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 50.

¹⁴⁶ MORAES, 2007, p. 409.

- c) a incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo¹⁴⁷ pelo Congresso Nacional, e posteriormente a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado);
- d) a simples aprovação do ato ou tratado internacional por meio de decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado, não assegura a incorporação da norma ao direito interno;
- e) após a aprovação realizada pelo Congresso Nacional, será a promulgação do Chefe do Poder Executivo que garantirá a aplicação imediata da norma na legislação interna;
- f) as normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como *atos normativos infraconstitucionais*, salvo a hipótese do § 3º, art. 5º, pelo qual a EC nº 45/2004 estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão ***equivalentes às emendas constitucionais***.

Segundo magistério de Alexandre de Moraes, a opção pela incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, nos termos do art. 49, I, ou do § 3º do art. 5º – ambos da CF/1988, será uma ação discricionária do Congresso Nacional.¹⁴⁸

Frise-se que após a histórica decisão do STF no RE 466.343/SP, a síntese acerca dos possíveis níveis hierárquicos dos tratados e convenções sobre direitos humanos no Direito brasileiro pode ser deste modo sistematizada:

¹⁴⁷ Segundo lição de Alexandre de Moraes *decreto legislativo* é a espécie normativa destinada a veicular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstas, basicamente, no art. 49 da Constituição Federal. Além destas matérias, em virtude da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional (publicada no DOU de 10/05/2002), também é de competência do *decreto legislativo*, a regulamentação exigida no art. 62, § único, da Lei Suprema. MORAES, 2007, p. 1016.

¹⁴⁸ Idem, p. 410.

- a) Tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado – art. 5º, § 3º da CF/1988: valor supralegal;
- b) Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional: *status* de Emenda Constitucional (caráter constitucional);
- c) Tratados e convenções que não versam sobre direitos humanos: *status* de lei ordinária (tese da equiparação ou paridade normativa com as leis ordinárias);
- d) Exceção à regra do item “c” está no eventual tratado sobre direito tributário, visto que ele usufrui de caráter supralegal em razão do disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN).

Entendemos, concluindo este capítulo, que no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos há ainda um longo caminho a ser percorrido a despeito dos avanços já alcançados, para que se consagre a plena eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos sociais, uma vez que, em tese, já lograda pelos direitos civis e políticos. Note-se que o art. 2º, § 1º do Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) estabelece que cada Estado–Parte compromete-se a adotar medidas até o máximo de recursos disponíveis que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente pacto.¹⁴⁹

Nesta perspectiva, à luz do teor do dispositivo supracitado, é imenso o caminho a ser percorrido para que a eficácia plena dos direitos sociais seja equivalente a dos direitos civis e políticos, embora defendamos que todos eles devam ter a mesma proteção e regime jurídicos por serem essenciais para uma vida digna. Além disso, acenam-se que deva ser afastado o argumento de desenvolvimento progressivo no âmbito dos direitos sociais, pois serviria de artifício para a postergação da concretização e efetivação dos direitos sociais ante a possibilidade de omissão na realização de políticas públicas para estes direitos.

¹⁴⁹ O art. 2º, § 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe, *in verbis*: “Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. Adotada pela Resolução nº 2.200–A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. O PIDESC foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24 de fevereiro de 1992. Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

CAPÍTULO 3

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo tem como objetivo traçar as bases teóricas necessárias ao estudo da segurança jurídica e da eficácia das normas constitucionais que consagram direitos sociais ao apontar a ínsita conexão entre estes e o Estado Constitucional. Trata, em seguida, a consagração constitucional dos direitos sociais neste modelo estatal e, logo após, serão esboçadas as concepções do *welfare state*. Posteriormente, ocupar-se-á acerca do adequado sentido conceitual dos direitos sociais, bem como sobre a necessidade de afirmação de fundamentalidade dos direitos sociais e sobre o correto tratamento dado às normas programáticas e às normas definidoras de direitos sociais fundamentais e, logo depois, adentrar-se-á na especificidade do tema, isto é, quanto ao real alcance da eficácia das normas jurídicas de direitos sociais fundamentais; e, imediatamente, analisar-se-á acerca da natureza cláusula pétrea desses direitos e quanto ao significado e aplicabilidade do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Sustenta-se que os direitos sociais são, inegavelmente, direitos fundamentais, seja porque se destinam a prover o indivíduo de meios de subsistência ao garantir-lhe o mínimo existencial, seja porque evidenciam o grau de democracia do Estado. A Constituição de 1988 os inclui expressamente entre os direitos fundamentais do Título II de seu texto. Os direitos sociais aí consagrados, bem como outros esparsos no texto da Constituição, em especial, no Título VIII (Da Ordem Social), são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional.

Nas linhas que seguem, propõe-se examinar a eficácia dos direitos sociais. E aqui importa elucidar que a distinção entre os direitos sociais e os direitos de defesa está no seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo das investidas abusivas dos órgãos estatais a exigir destes tão somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe ao menos o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma exis-

tência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.¹ Defende-se, neste capítulo, que a eficácia dos direitos sociais é simétrica ou positiva ao gerar direito subjetivo para o indivíduo com possibilidade de ser exigido judicialmente. Portanto, não se nega a eficácia plena e a aplicabilidade imediata dos direitos sociais fundamentais que prescinde da necessidade de interposição legislativa.

3.1 O surgimento e evolução do Estado Social e Democrático de Direito

As Constituições dos Estados de Direito² de matriz ocidental consagram atualmente, respeitadas as suas idiossincrasias, a organização e limitação do poder do Estado, a divisão das funções estatais entre blocos orgânicos distintos e os direitos fundamentais e sua garantia. O tratamento dessas matérias varia segundo as peculiares tradições histórico-culturais dos Estados, a divisão de poderes ganha coloridos particulares de acordo com o sistema de governo adotado e os direitos fundamentais estendem-se por enumerações mais ou menos alargadas; invariavelmente, estes são os núcleos temáticos da Constituição dos atuais Estados de Direito de matriz ocidental, designados de “Estados Constitucionais” no dizer de Canotilho,³ nos quais se fazem indispensáveis, ainda, os elementos democrático e social.

¹ O expoente jurista Dirley da Cunha Júnior defende a plena eficácia e aplicabilidade imediata destes direitos em virtude da decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, pois este princípio (dignidade da pessoa humana) para o citado jurista é a base de todos os direitos sociais e, como direitos fundamentais, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, cuja vinculação se submete ao controle judicial. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 412–413.

² De acordo com a proficiente lição de Jorge Reis Novais, o Estado de Direito pode genericamente definir-se como sendo um Estado limitado e organizado juridicamente com vistas na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Além disso, na esteira do pensamento do citado autor, independentemente das diferentes modalidades de concretização política, o ideal de Estado de Direito propõe-se sempre a garantia da segurança, liberdade e propriedade por meio de: (1) uma marcada separação entre o Estado e a sociedade que permita a esta constituir-se em espaço autorregulado onde coexistam e concorram as esferas de autonomia econômicas e morais dos cidadãos; (2) uma redução da atividade do Estado ao mínimo exigido para a garantia da paz social e das condições objetivas que viabilizem o encontro das autonomias individuais e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um; (3) uma transformação progressiva de toda a atividade do Estado em atuação fundada, organizada e limitada juridicamente e uma concepção jurídica, regulada pelo Direito, das relações que o Estado mantém com os cidadãos. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 20–21.

³ Canotilho explica que o Estado Constitucional deve ser Estado de Direito e Estado Democrático; configura a Constituição como uma “estrutura política conformadora do Estado”, informada pelos princípios da vinculação do Estado de Direito, garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia. CANOTILHO, 2003, p. 87, 92–93, 245.

Canotilho leciona que o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder.⁴ Quais são essas qualidades? Em primeiro lugar, para o multicitado jurista, a qualidade de poder soberano. A soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. Ao se articular a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado pode-se recortar os elementos constitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território.⁵ A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia, de acordo com Canotilho, no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também, segundo o ínclito jurista, o caráter originário da soberania, pois o Estado não necessita obter o fundamento das suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam ao preferir o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles.⁶

O Estado, tal como foi caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de Vestfália (1648). Este modelo, assente, basicamente na ideia de unidade política soberana do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. No entanto, ele continua a ser um modelo operacional caso pretenda salientar duas dimensões do Estado como comunidade juridicamente organizada: (1) o Estado é um esquema aceitável de racionalização institucional das sociedades modernas; (2) o *Estado Constitucional* é uma tecnologia política de equilíbrio político–social por meio da qual se combateram dois arbítrios ligados a modelos anteriores, a saber: a autocracia absolutista do poder e os privilégios orgânico–corporativos medievais.⁷

Canotilho sustenta que o Estado de Direito é um Estado Constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurí-

⁴ CANOTILHO, 2003, p. 89.

⁵ Para Canotilho, esses três elementos – povo, território e poder – são os elementos decantados (exaltados, engrandecidos), sobretudo pela doutrina de direito internacional. Note-se, porém, que o conceito de Estado em direito constitucional e em direito internacional não é coincidente. Idem, p. 90.

⁶ Idem, p. 89–90.

⁷ Idem, p. 90.

dico–normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. Para o ínclito jurista, a constituição confere à ordem estatal e aos atos dos poderes públicos medida e forma.⁸ Trata-se, segundo ele, de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional (como sugeria a teoria tradicional do Estado de Direito) que o primado do direito do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão.⁹

No que se denomina aqui, Estado Constitucional – Estado Social e Democrático de Direito¹⁰ –, os direitos fundamentais são peça–chave, quer pela posição que ocupam na ordem jurídica, quer pelas limitações e imposições positivas e negativas que fazem impender sobre a atuação estatal.¹¹

Segundo Luísa Cristina, a concepção dos direitos fundamentais como positivação dos direitos do homem em sede constitucional, de modo que colocá-los a salvo do legislador ordinário deixa transparecer a ínsita relação existente entre direitos fundamentais e Estado de Direito; todavia, isso não significa que tais direitos constituem mera concessão do Estado.¹² Como manifestações jurídicas mais ou menos próximas do valor da dignidade da pessoa humana,¹³ que se impõe ao Estado, os direitos fundamentais incorporam-se na Constituição, plasmado aquele valor prévio como informador de toda a ordem jurídica e das relações Estado–indivíduos.¹⁴

Jorge Miranda ao debruçar sobre o conceito de Estado de Direito escreve que não é suficiente enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si os direitos fundamentais; requer que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientadas para a sua garantia e sua promoção. Para o retrorreferido jurista, não basta também afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é preciso estabele-

⁸ CANOTILHO, 2003, p. 245.

⁹ Idem, p. 246.

¹⁰ Jorge Reis Novais sustenta que o Estado de Direito atual é necessariamente Estado Social e Democrático. NOVAIS, 2004, p. 10.

¹¹ Idem, p. 22, 32–33.

¹² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 18.

¹³ NOVAIS, op. cit., p. 52–53. Para Jorge Reis Novais, “[...] a exigência moral de respeito pelos ditames de uma vida digna é, agora, critério de valoração último da legitimidade da sua atuação e fundamento de invalidação dos atos de qualquer dos poderes do Estado tidos como violadores da dignidade da pessoa humana”. Idem, p. 52. Em seguida pontifica, *in verbis*: “A dignidade da pessoa humana do Estado Social e Democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como cidadão da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos”. Idem, p. 53.

¹⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 377–378.

cer um quadro institucional em que esta vontade se desenvolva em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro. Segundo o jurista, é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de crescimento; que a garantia da liberdade se faça mediante a divisão do poder. A síntese desses princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.¹⁵

Entretanto, não seria correto afirmar que os direitos fundamentais se originam no Estado de Direito¹⁶ – entendido como aquele que resulta das lutas liberais do século XVIII e do triunfo do liberalismo no século XIX –, podendo-se falar de uma pré-história dos direitos fundamentais anterior a esta noção, ainda que diversas de suas características não estivessem integralmente presentes.¹⁷ Reconhecendo esta circunstância, registra-se que a noção de Estado de Direito desempenhou papel ímpar na consagração e efetivação dos direitos fundamentais; firmada em quatro pilares essenciais – garantia dos direitos individuais, separação de poderes, superioridade da lei e, posteriormente, supremacia da Constituição¹⁸ – permitiu o florescimento dos direitos fundamentais, alçados ao cume da ordem jurídica, primeiramente na vertente liberal de proteção da esfera individual perante o poder estatal.

O Estado Liberal produto da superação do absolutismo foi essencialmente um Estado concebido – em oposição ao Estado Absolutista¹⁹ que se intrometia nas diversas esferas da vida social – em razão da ideia de separar a esfera estatal da sociedade ao permitir a esta mover-se segundo suas próprias leis, livre da intervenção estatal, quer social, quer econômica. São conhecidas as raízes desta concepção que se pode chamar de liberal clássica, bem como seus principais teóricos.²⁰

¹⁵ MIRANDA, 2008, p. 216–217.

¹⁶ Não se quer induzir que a afirmação do Estado de Direito tenha se dado de maneira linear e homogênea (como fenômeno histórico-político), uma vez que não ocorreu desta forma. Jorge Reis Novais procura destacar esta heterogeneidade e explica que se pode, mesmo assim, fazer uma generalização da fórmula desde que se referindo à “racionalização do Estado operada mediante uma limitação jurídica dirigida à eliminação do arbítrio e à proteção de uma esfera indisponível de autonomia individual”. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 47.

¹⁷ Confira-se, por exemplo, a Carta Magna inglesa como antecedente das declarações de direitos fundamentais. NOVAIS, 2006, p. 53–55, 77.

¹⁸ Mais detalhamento sobre esses pilares consultem-se em: NOVAIS, 2006, p. 32, 44, 51, 77–78.

¹⁹ NOVAIS, 2004, p. 17–19.

²⁰ A separação entre Estado e sociedade civil era desejada pela burguesia a fim de agir com liberdade das peias estatais, o que ganhava força ante as formulações de Adam Smith. Há outras concepções teóricas na base da construção do Estado de Direito Liberal; veja, para aprofundamentos: NOVAIS, 2006, p. 59–102.

A separação entre Estado e sociedade, subjacente ao ideário liberal, limitava o Estado a somente garantir a segurança, a liberdade e a propriedade dos cidadãos, abstendo-se de promover intervenções nas searas econômica e social; o Estado podia ser comparado a um ‘guarda-noturno’ incumbido de zelar pela paz e segurança de forma a que a sociedade ficasse livre para desenvolver.²¹ No bojo destas concepções, desempenhou-se o projeto liberal–burguês de garantir direitos e liberdades - essencialmente liberdades individuais negativas – considerados fundamentais, o que passava pela racionalização do Estado e sua submissão ao Direito.²²

Esta concepção liberal impregna também o perfil dos direitos fundamentais, concebidos essencialmente como direitos voltados contra o Estado no sentido de garantir uma esfera juridicamente protegida de autonomia aos cidadãos. Não se cogita propriamente de direitos fundamentais, cujo objeto constitua prestações estatais; a propriedade era o direito fundamental por excelência e sua centralidade se espraiava para a interpretação de todos os demais direitos – lembre-se, por exemplo, do sufrágio censitário –, o que acentuava a primazia burguesa.²³

Jorge Reis Novais entende que o Estado de Direito Liberal foi, no início, um ‘Estado de Direito *material*’ no sentido de ser limitado pelos direitos e liberdades individuais e voltado para a construção de uma nova ordem em contraposição àquela do Antigo Regime. Aos poucos, a situação foi se alterando, a assunção de posição hegemônica pela burguesia e o afastamento dos fundamentos jusnaturalistas foram conferindo ao Estado de Direito uma configuração mais formalista, passando-se a um ‘Estado de Direito formal’ e depois a um ‘Estado de legalidade’.²⁴

A consagração da *liberdade* e a garantia meramente formal da *igualdade* – traduzida em igualdade perante a lei – foram colocadas em dúvida na passagem para o Estado Social.²⁵ As conquistas liberais não foram conquistas verdadeiramente usufruídas por toda a população, beneficiaram principalmente a então emergente burguesia

²¹ NOVAIS, 2004, p. 21–22.

²² Idem, p. 21–24. Pode ser averiguado na obra do autor citado sobre a concepção liberal dos direitos fundamentais.

²³ NOVAIS, 2006, p. 78–80.

²⁴ O autor explora o pensamento de Hans Kelsen e o indica como ponto culminante no processo de formalização do conceito de Estado de Direito. NOVAIS, 2006, p. 103–113, 121–123. Suas ideias são ratificadas em outra obra de sua autoria – NOVAIS, 2004, p. 27–30.

²⁵ Estado Social, segundo Jorge Reis Novais, seria um conceito mais amplo, identificador de um novo tipo de relações entre sociedade e Estado, em contraposição com o modelo liberal; de tal conceito distinguem-se os de ‘Estado–Providência’, ‘Estado de bem–estar’ – *Welfare State*, ‘Estado de partidos’, ‘Estado de associações’, ‘Estado administrativo’, por destacarem aspectos parcelares do Estado Social. Acerca das contraposições desses conceitos podem ser conferidos em: NOVAIS, 2006, p. 187–192.

que, com a superação do Estado Absoluto, da intervenção econômica e das ordens estatamentais, livrou-se das barreiras para fazer crescer e florescer as atividades comerciais – e posteriormente industriais – e firmou-se como a classe hegemônica, para a qual a superioridade da lei, garantindo estabilidade, era essencial, ao lado da contenção do arbítrio e da intervenção estatais, asseguradas pela garantia da liberdade, propriedade e segurança. Por outro lado, para a massa da população, as conquistas liberais não tinham, em grande medida, superado a dimensão formal; a garantia normativa da propriedade, por exemplo, servia aos proprietários, mas significava pouco para os não proprietários.

Os pressupostos e os valores em que se assentava o modelo liberal entram em crise na passagem do século XIX para o XX.²⁶ Jorge Reis Novais explica por que o contexto socioeconômico em que as duas grandes guerras se deram caracterizou-se pelo fim do otimismo liberal e da crença nas virtualidades da autorregulação do mercado. Com fulcro em Harold Laski, o autor identifica os fatores que inviabilizaram a manutenção do Estado Liberal; não se conseguia manter a produção de lucros que gerassem um fundo permanente de excedente social de riqueza, bem como não havia mais um consenso das forças políticas em torno de questões centrais. A situação de guerra, por sua vez, também reclamava a intervenção estatal na economia.²⁷ Podem ser arrolados diversos outros fatores que levaram à superação do modelo de Estado Liberal clássico, merecendo destaque as situações de iniquidade agravadas pelas consequências das duas guerras mundiais, bem como a ameaça que passou a sofrer o capitalismo ocidental em virtude da construção do bloco socialista. Como transição histórica, a passagem de um modelo liberal para um modelo social constituiu processo paulatino e não uniforme em termos geográficos.²⁸ Esta passagem é marcada por uma multiplicidade de características e mudanças, devendo se acentuar, que a sociedade deixa de ser concebida como uma realidade autossuficiente, para passar a ser encarada como um objeto que o Estado deveria estruturar, regular e transformar com vistas na prossecução da justiça social e do progresso econômico.²⁹ Sobre isso, Jorge Reis Novais arremata que

²⁶ NOVAIS, 2004, p. 30–32.

²⁷ NOVAIS, 2006, p. 181–182.

²⁸ Não se almeja, aqui, elaborar uma análise detalhada de toda a evolução por que passou o Estado Moderno, visa-se tão somente a esboçar os pontos cardeais de suas transformações com vistas no desenvolvimento do objeto de estudo. Nesta esteira, não se explora toda a superação do Estado Liberal, por exemplo, e não se versa o aparecimento dos Estados totalitários na Europa Ocidental após a Primeira Guerra Mundial nem a formação do bloco socialista. Para desenvolvimentos nesta matéria pode ser consultada em: NOVAIS, 2006, p. 128–178.

²⁹ NOVAIS, 2004, p. 30–31.

O Estado empenha-se, então, consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direção ou mesmo planificação do processo econômico. A justiça social e a prossecução da igualdade material – e não já apenas da igualdade perante a lei – são elevadas a fins essenciais do Estado, que assim se afirma como Estado Social.³⁰

3.2 A consagração constitucional dos direitos sociais e o princípio da socialidade

No marco de superação do Estado Liberal, pode-se relacionar a consagração constitucional dos direitos sociais ao contexto das lutas travadas pelas classes trabalhadoras em busca da emancipação da sociedade burguesa, identificando-se influências socialistas, o que chamou a atenção para a necessidade de alargar o rol dos direitos liberais clássicos, ou direitos burgueses, no sentido de garantir um fundamento existencial–material humanamente digno.³¹ Sobre isso, Canotilho, em lapidar magistério, aduz o seguinte:

[...] As declarações universais dos direitos tentam hoje uma “coexistência integrada” dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os Estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.³²

Jorge Reis Novais salienta que o caráter social assumido pelo Estado transparece no plano dos direitos fundamentais no “processo de fundamentalização” de direitos sociais, na interpretação dos clássicos direitos de liberdade sob a perspectiva da socialidade – vinculação social dos direitos no sentido de garantir igualdade material – e na atribuição generalizada de direitos políticos.³³ Arremata o multicitado jurista que isso quer dizer que,

[...] ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de caráter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.³⁴

³⁰ NOVAIS, 2004, p. 31.

³¹ CANOTILHO, 2003, p. 385.

³² Idem, p. 385–386.

³³ NOVAIS, op. cit., p. 32.

³⁴ Idem, p. 32–33.

Quanto à consagração constitucional deste novo modelo estatal que, ao lado dos direitos de liberdade, assumem posição de relevo os chamados direitos sociais; mencionam-se correntemente a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Esses instrumentos normativos deram destaque aos direitos sociais, demonstrando que a segunda geração de direitos vinha se somar a primeira – de caráter liberal – na busca de garantias substanciais e não meramente formais.³⁵ Antonio Enrique Pérez Luño pontifica, à luz da experiência do direito espanhol, que a implantação das liberdades concretas – satisfação das necessidades básicas e fomento das capacidades e potencialidades humanas –, ao concretizar o livre desenvolvimento da personalidade, requer-se a ação positiva dos poderes públicos com objetivo de remover os obstáculos de ordem econômica, social e cultural que impedem a plena expansão da pessoa humana.³⁶ Para o ínclito jurista citado, a estas exigências tencionou responder o Estado Social de Direito ou, acentuando sua orientação libertadora e emancipadora, o Estado Social e Democrático de Direito, postulado da Constituição espanhola. Logo, para o autor, neste modelo de organização política não cabe uma ruptura entre liberdades individuais e direitos sociais, pois em seu âmago os direitos sociais são direitos de liberdade.³⁷

As liberdades públicas, que supõem concretizações da liberdade e, os direitos sociais, como especificações da igualdade material, integram-se profunda e simultaneamente, pois a igualdade material deve ser a base para o exercício das liberdades públicas. No entendimento de Pérez Luño, com o qual é preciso concordar inteiramente, a **igualdade** constitui “o direito humano mais importante em nosso tempo ao ser considerado postulado fundamental de toda a moderna construção teórica e jurídico-positiva dos direitos sociais”.³⁸ Isso porque a liberdade sem igualdade (material) não conduz à sociedade livre, justa, solidária e pluralista, senão à oligarquia, ou seja, a liberdade de alguns e a não liberdade de muitos; enquanto a igualdade sem liberdade não conduz à democracia, senão ao despotismo, isto é, a submissão da maioria à opressão de quem detém o poder.³⁹

³⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 213.

³⁶ Idem, p. 214.

³⁷ Idem, p. 214–215.

³⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 52. Tradução nossa. O original em língua espanhola tem o seguinte teor: “Respecto a la igualdad debe recordarse [...] que constituye el derecho humano más importante en nuestro tiempo, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales”.

³⁹ LUÑO, 2004, p. 215.

Insta registrar que, se é no período acima mencionado, se generalizam as preocupações sociais e passam a ser garantidas pelas Constituições como tarefa estatal, não é neste contexto que elas inicialmente surgem. Podem ser apontados antecedentes da atividade assistencial do Estado no século XIX, ou mesmo antes, e não se deve esquecer que a consagração constitucional de direitos sociais não se inaugura no século XX, pois nas Declarações de Direitos da Revolução Francesa já havia obrigações positivas do Estado quanto ao ensino e à assistência social, o que se alargaria em Constituições do século XIX.⁴⁰

Grandes mudanças ocorreram na feição do Estado, sua organização e atuação na passagem para o Estado Social. Em primeiro lugar, superou-se a ideia de separação entre Estado e sociedade civil, uma vez que o dogma do mercado regido por suas próprias leis mostraram inoperante na condução de resultados socialmente benéficos; a sociedade cada vez mais necessitava da atuação socioeconômica estatal. O Estado Social, neste contexto, inaugurou uma nova relação Estado–sociedade, não mais se almejava primordialmente proteger a sociedade do Estado; a sociedade reclamava a atuação conformadora estatal, passando mesmo a depender do Estado e a com ele estabelecer laços duradouros.⁴¹ O Estado passou a ter como fim a realização da justiça social, o que pode ser identificado com o princípio da socialidade (ou princípio social), destinado a reger a atividade estatal, aí incluída a intervenção econômica dirigista e planejadora.⁴²

A consagração do princípio da socialidade ou princípio social como estruturante do Estado é contemporânea ao advento do Estado Social em uma conjuntura histórica na qual a legitimidade e operatividade do Estado de Direito exigiram repensar as fronteiras de atuação pública em virtude dos resultados socioeconômicos da abstenção estatal e da atuação livre do mercado; a intervenção do Estado nas esferas social e econômica mostrou-se imprescindível. Este princípio traduz, desta forma, a vinculação jurídica do Estado a atuar na criação de condições de existência digna para as pessoas, até mesmo como garante de sua liberdade e autonomia.⁴³ O princípio, especificamente no campo social, pode ser reconduzido, conforme lição de Canotilho, a uma dimensão subjetiva concretizada por meio dos direitos sociais e a uma dimensão objetiva que im-

⁴⁰ NOVAIS, 2006, p. 180–181.

⁴¹ Idem, p. 179–187.

⁴² Idem, p. 183–184.

⁴³ CANOTILHO, 2003, p. 337–338, 341–343, 348–349.

põe ao Estado a “transformação das estruturas econômicas” voltada à igualdade social, ou seja, o Estado deve também ser conformador na busca de “dignidade social”.⁴⁴

Em um Estado Constitucional, os direitos sociais assumem particular relevância na construção da sua identidade. Não se pode seriamente falar em socialidade sem a garantia de direitos sociais, pois este princípio, para Canotilho, comanda justamente que o Estado atue para garantir condições materiais para os indivíduos.⁴⁵

Neste contexto, podem-se aventar como normas que assentam a consagração constitucional do princípio social ou da socialidade, no caso português, os arts. 9º, 81º (entre outras incumbências que exprimem no mesmo sentido, cabe ao Estado “*promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal*”), da CRP/1976. Jorge Reis Novais identifica como fundamento do princípio os artigos indicados, bem como o art. 2º da CRP/1976, que prevê que o Estado de Direito português visa à “*realização da democracia econômica, social e cultural*”, e nos preceitos devotados ao elenco de direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁶ Quanto à Constituição brasileira, podem-se vislumbrar como repositórios mais diretos da socialidade, entre outros, o art. 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;⁴⁷ vários incisos do art. 23, que preveem competências comuns para União, Estados, Distrito Federal e Municípios; igualmente o art. 24, que enumera competências legislativas concorrentes destes entes públicos; o art. 170, que encabeça o capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica no Título da ordem econômica e financeira; normas contidas nos artigos 182 e 184, que disciplinam, respectivamente a política urbana e agrícola e fundiária e, em especial, diversos artigos inseridos no Título VIII (Da Ordem Social).

3.3 Concepções do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*)

Toda sociedade desenvolve alguma forma de proteção social. A história mostra que apesar das diferenças culturais, sociais e econômicas, os indivíduos estabe-

⁴⁴ CANOTILHO, 2003, p. 348–349.

⁴⁵ *Idem*, p. 346.

⁴⁶ NOVAIS, 2004, p. 291–292.

⁴⁷ O art. 3º da Constituição Federal preceitua, *expressis verbis*: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

lecem formas organizadas socialmente para enfrentar riscos. Afinal, a condição humana comporta riscos como a velhice, os acidentes, além de riscos de natureza social como o desemprego e riscos biológicos, por exemplo, as doenças.

A proteção social implica redistribuição de recursos e serviços sociais para cobertura de riscos de vida. O grande sistema de proteção social ganha forma e expansão específica no século XX, mediante a constituição do Estado de Bem-Estar Social, o chamado *Welfare State*. Este é um fenômeno datado e situado na Europa a partir de 1945 até os dias atuais, tendo fundamentos políticos, sociais e econômicos muito específicos. Sob o ponto de vista econômico conjuga a relação entre Estado e o mercado; politicamente foi um grande pacto social; geopoliticamente importante pela questão da Guerra Fria e socialmente pela constituição de sociedades de massa com alto nível de consumo.

Na emergência e desenvolvimento do *welfare state* estão presentes fatores diversos de natureza econômica, como as mudanças impostas pela industrialização, de natureza social e política como o desenvolvimento e ampliação dos direitos civis, políticos e sociais e, fundamentalmente, das relações entre capital e trabalho nas sociedades capitalistas avançadas.⁴⁸

As explicações científicas sobre a origem e desenvolvimento do *welfare state* são extensas e bastante complexas. Assim, serão apresentadas algumas concepções sobre o *welfare state* e iniciará pelo estudo teórico desenvolvido por Esping-Andersen, pontuando o debate contemporâneo acerca deste modelo de proteção social.

Esping-Andersen perquire, com muita habilidade crítica e teórica, o *welfare state*, ao buscar uma definição para este que permita respostas às questões do tipo: como saber se e quando um *welfare state* responde funcionalmente às necessidades de reprodução e legitimação do capitalismo? E como identificar o *welfare state* que corresponda às demandas que teria uma classe trabalhadora mobilizada?⁴⁹

Os estudos sobre o *welfare state*, no geral, têm sido atrelados a outros fenômenos como a industrialização, as contradições do capitalismo, mas pouco sobre a definição do que seja um *welfare state*. Retomando as análises de Therborn (1983), Titmuss (1958) e de Myles (1984), Esping-Andersen recoloca a questão ao apontar as insuficiências de tais abordagens.

⁴⁸ NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-Estar Social: origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis*, Florianópolis, n. 5, p. 92, jul./dez. 2001.

⁴⁹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 97-98, set. 1991.

No primeiro caso, as transformações históricas das atividades do Estado são consideradas, pontuando-se que tais atividades deverão voltar-se ao atendimento das necessidades de bem-estar das famílias.⁵⁰ O problema é que na classificação do *welfare state*, muitas vezes, as atividades e os gastos com defesa, administração etc. excedem as atividades voltadas para o atendimento das necessidades das famílias. Nesse sentido, não se pode classificar um Estado de *welfare state* se este apenas introduziu programas sociais.

No segundo, as abordagens derivam das distinções de Richard Titmuss (1958) ao classificar o *welfare state* em residuais e institucionais. Enquadram-se como residuais, as situações em que o Estado assume responsabilidades ante as insuficiências das famílias e do mercado, destinando ações a grupos sociais restritos. O modelo institucional restringe-se aos casos em que o Estado assume um compromisso com o bem-estar social, estendendo ações a toda população, portanto possuindo um caráter universalista.⁵¹ Esping-Andersen leciona que tais tipologias do *welfare state* têm problemas na classificação, pois são comparados tipos de Estado que, na realidade, são diferentes.⁵²

Por último, aponta os problemas das abordagens que buscam selecionar os critérios para classificar os tipos de *welfare state*. Tais abordagens não levam em consideração a história, os agentes que dela participam na luta por conquistas, ampliação ou garantia dos direitos sociais.⁵³

Esping-Andersen pontua os elementos que devem estar presentes na reconceituação do *welfare state*: a garantia dos direitos sociais e das formas como as atividades do Estado, da família e do mercado se relacionam para garantir provisões. E, aí, introduz um elemento fundamental, a “desmercadorização”.

Quando os direitos sociais adquirem o *status* legal e prático de direitos de propriedade, quando são invioláveis, e quando são assegurados com base na cidadania em vez de terem base no desempenho, implicam uma “desmercadorização” do *status* dos indivíduos *vis-à-vis* o mercado. Mas o conceito de cidadania social também envolve estratificação social: o *status* de

⁵⁰ ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 100.

⁵¹ O sistema universalista promove a igualdade de *status*, e todos os cidadãos são portadores de direitos, independentemente de classe. Entretanto, para que isso ocorra, a sociedade deve estar estruturada com uma grande maioria da população próxima do patamar mínimo, direito de todos. Esping-Andersen aponta que à medida que as classes trabalhadoras prosperam, emergem novas classes médias que buscam no mercado uma complementação de benefícios para ampliar o bem-estar. *Idem*, p. 106.

⁵² *Idem*, p. 100-101.

⁵³ *Idem*, p. 101.

cidadão vai competir com a posição de classe das pessoas, e pode mesmo substituí-lo.⁵⁴

E, em seguida, assevera que o

O *welfare state* não pode ser compreendido apenas como direitos e garantias. Também precisamos considerar de que forma as atividades estatais se entrelaçam com o papel do mercado e da família em termos de provisão social.⁵⁵

E o que vem a ser, então, desmercadorização?

Historicamente, conforme ensina Esping–Andersen, a situação do trabalho nas sociedades pré–capitalistas mostra que poucos trabalhadores, neste período, poderiam ser incluídos como mercadoria, pois não dependiam da venda da força de trabalho para sobreviver. Quando o mercado se amplia, os trabalhadores passam a vender a força de trabalho, e a sobrevivência fica, então, dependente da remuneração do trabalho. Portanto, o trabalhador passa a ser uma mercadoria, e o contrato de trabalho um mecanismo para garantir a reprodução da sociedade. Esta posição de mercadoria, de certa forma, somente será modificada com a emergência dos direitos sociais.⁵⁶

A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado.⁵⁷

Entretanto, a mera presença da previdência social ou da assistência social não produz necessariamente uma desmercadorização significativa se não emanciparem substancialmente os indivíduos da dependência do mercado. Neste sentido, os programas de benefícios, que são insuficientes ou associados a estigmas sociais, não desmercadorizam porque impulsionam o indivíduo a buscar, no mercado, a saída, sendo esta as intenções das leis de proteção aos pobres no século XIX.⁵⁸

[...] a desmercadorização tem sido uma questão altamente controversa no desenvolvimento do *welfare state*. Para os trabalhadores, sempre foi uma prioridade. Quando eles dependem inteiramente do mercado, é difícil mobilizá-los para uma ação de solidariedade. Como recursos dos trabalhadores espelham desigualdades do mercado, surgem divisões entre os que estão dentro e os que estão fora deste, dificultando a constituição de movimentos reivindicatórios. A desmercadorização fortalece o trabalhador e enfraquece

⁵⁴ ESPING–ANDERSEN, 1991, p. 101. Grifos no original.

⁵⁵ Idem, p. 101. Grifos no original.

⁵⁶ Idem, p. 102.

⁵⁷ Idem, p. 102.

⁵⁸ Idem, p. 102.

a autoridade absoluta do empregador. É exatamente por esta razão que os empregadores sempre se opuseram à desmercadorização.⁵⁹

Os direitos desmercadorizados vão se desenvolver de diferentes formas no *welfare state* contemporâneo. Nos países em que predominam ações de assistência social, os direitos ligam-se à comprovação de necessidades, sendo que este mecanismo impulsiona o indivíduo a buscar, no mercado, os benefícios, pois somente os que fracassam buscam o Estado.

Uma segunda alternativa de desmercadorização é dada pela previdência social estatal e compulsória. Entretanto, esta não garante uma desmercadorização automática, pois está atrelada às contribuições, ou seja, dependem de emprego e salários e não do direito instituído.⁶⁰

O modelo mais desmercadorizante é o elaborado por Beveridge, que propõe a todos cidadãos um conjunto de benefícios básicos, iguais para todos, independente de base contributiva como o previdenciário.

A questão é que o *welfare state* é um mecanismo para tornar a sociedade mais igualitária e intervém, desta forma, nas relações sociais.

O *welfare state* não é apenas um mecanismo que intervém – e talvez corrija – a estrutura de desigualdade; é, em si mesmo, um sistema de estratificação. É uma força ativa no ordenamento das relações sociais.⁶¹

Esping–Andersen agrupa os regimes de *welfare state*, a partir das análises empreendidas, em relação ao grau de desmercadorização ao assinalar três tipos: o **liberal**, o **conservador** e o **social–democrata**. Este processo de desmercadorização tem um componente importante e fundamental: a presença e a força política da classe trabalhadora. Os regimes de *welfare state* são resultados de possíveis forças de coalizão política que culminam em diferentes soluções para os conflitos redistributivos. Mais do que criar uma tipologia de *welfare state*, a contribuição do autor se traduz no fato de destacar presença e o papel de mobilização de poder da classe trabalhadora na busca de conquistas sociais.

Segundo o professor Esping–Andersen, no grupo de países de ***welfare state liberal*** há uma predominância de política do tipo assistencial, destinada aos pobres, com uma quantidade reduzida de benefícios de natureza universal, e, uma previ-

⁵⁹ ESPING–ANDERSEN, 1991, p. 102.

⁶⁰ Idem, p. 103.

⁶¹ Idem, p. 104. Grifos no original.

dência social bem modesta. Neste grupo estão países como o Canadá, EUA e a Austrália. Este tipo de regime do *welfare state* contém a expansão dos direitos sociais, minimiza os efeitos da desmercadorização ao construir uma ordem de estratificação social que inclui uma relativa igualdade da pobreza entre os beneficiários do Estado, estimulando serviços diferenciados pelo mercado entre a maioria da população. O Estado intervém com políticas que exigem testes de meios, sendo, portanto, meritocráticas. Com ressalvas às possíveis iniciativas de caráter universal, estas se constituem mais em formas de universalizar oportunidades do que resultados. Estimula os indivíduos à autoproteção.⁶²

No modelo de **welfare state conservador**, inclui-se países como a Áustria, a França, a Alemanha e a Itália. Nestes, o mercado não foi uma presença constante, e a questão dos direitos sociais é consensual. Apesar do consenso em torno dos direitos, estes estavam ligados à preservação das diferenças e do *status*. Na formulação do *welfare state* de tais países estão, em jogo na sociedade, valores de natureza religiosa com destaque ao papel da igreja, com grande preocupação em conservar a família tradicional ao estimular a maternidade com benefícios e com políticas de previdência social que exclui a mulher que trabalha fora. A igreja desempenhou, nestes países, um poderoso papel nas reformas sociais. Também tais políticas representam uma forma de apoio e lealdade ao Estado, favorecendo o corporativismo estatal.⁶³

O terceiro – **welfare state social-democrata** – é constituído pelo menor grupo de países neste tipo de regime. Neste, os princípios de desmercadorização e universalismo dos direitos sociais são estendidos às classes médias. A reforma social foi um processo resultante da força da social-democracia que não admitiu a dualidade entre mercado e Estado ao promover um padrão de igualdade pautado em qualidade e não em mínimos sociais. Desta forma, ao excluir o mercado, este modelo promove uma solidariedade quase universal que consolida e dá suporte ao *welfare state*, pois todos são beneficiários, dependentes e conseqüentemente concordam em pagar.⁶⁴

Apesar de construir esta tipologia, Esping-Andersen chama atenção para o fato de que não existem casos puros de classificação de *welfare state*. Neste sentido, os países escandinavos podem ser incluídos no grupo social-democrata, pois há uma predominância deste modelo, embora afirme que estes países também têm elementos liberais.

⁶² ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 108.

⁶³ Idem, p. 108-109.

⁶⁴ Idem, p. 109-110.

Em outro plano de análise, Anthony Giddens explana que diversas interpretações atuais do início da história das instituições previdenciais enfatizaram que o *welfare state* não era realização das classes trabalhadoras organizadas, nem o resultado de uma conspiração capitalista para pacificá-las. Seu desenvolvimento foi um processo gradual e com frequência desinformado, que recebeu impulso tanto de políticos ambiciosos e funcionários civis muito visionários, como também de uma noção abstrata de ordem social em fragmentação ou temores de grande inquietação social.⁶⁵

Ainda, para Giddens, são várias as fontes estruturais do *welfare state*. Em primeiro lugar, as instituições previdenciais têm seu início no esforço de criar uma sociedade na qual o trabalho, no sentido de trabalho assalariado na indústria, tivesse um papel central e definidor. Em segundo lugar, o *welfare state* sempre foi um Estado nacional. Nessa perspectiva, um dos principais fatores que impulsionaram o desenvolvimento dos sistemas previdenciais foi o desejo, pelas autoridades governamentais, de promover a solidariedade nacional. Em terceiro lugar, o *welfare state*, desde suas primeiras origens até agora, “esteve preocupado com a administração de risco, sendo que os esforços nesse sentido são, de fato, uma parte fundamental daquilo que o ‘governo’, em geral, se tornou”.⁶⁶ Os esquemas previdenciais são uma forma de seguro social. Seguro refere-se a qualquer esquema de administração de risco orientado para o enfrentamento de um futuro aberto – um meio de lidar com acasos (previsíveis). O surgimento do conceito de seguro social refletia não tanto percepções novas de injustiça social, mas a ascensão da ideia de que a vida social e econômica podia ser humanamente controlada.⁶⁷

No cenário do Estado Social, assistiu-se ao crescimento da organização estatal, com destaque orgânico e funcional para o aparato burocrático da Administração Pública, chegando-se a falar em Estado–Administração; desenvolveu-se em larga medida a prestação de serviços públicos, a intervenção estatal na conformação social e econômica da sociedade e do mercado.⁶⁸ Configurou-se, portanto, o Estado de Bem–Estar (*Welfare State*), modelo no qual o aparelho estatal colocou-se como principal responsável pelo oferecimento de condições de vida digna da população ao proporcionar-lhe seu

⁶⁵ GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. O futuro da política radical. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Editora UNESP, 1996. p. 155. Uma das interpretações assinaladas por Giddens quanto ao *Welfare State* não ser realização das classes trabalhadoras organizadas, nem resultado da atuação capitalista para conciliá-las é a de Abraham de Swaan na obra “In care of the state”.

⁶⁶ Idem, p. 156.

⁶⁷ Idem, p. 156.

⁶⁸ NOVAIS, 2006, p. 185–186.

bem-estar.⁶⁹ Em razão de diversos fatores, também este modelo de Estado conheceu um processo de crise, principalmente a partir do final da década de 70 do século passado (século XX), contemporaneamente às crises do petróleo.

Pode-se aduzir que à crise do Estado Social se associam questões financeiras e de gestão – com necessidade de equacionar melhor os gastos estatais, com redução do seu aparato a fim de torná-lo mais eficiente e eficaz⁷⁰ – e queixas provenientes da sociedade relacionadas a uma maior participação nas decisões estatais e também no sentido propugnado pelo princípio da subsidiariedade.⁷¹

Um exemplo que elucida o esgotamento do modelo do Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) ou Estado-providência é o aumento do aparato administrativo governamental verificado ao longo do século XX, visto como expressão da centralidade que o Estado passa a ter na sociedade. Além disso, o projeto de realização da igualdade material implica intervenções e restrições na liberdade de ação de indivíduos e coletividades. Por exemplo, a ampliação dos direitos trabalhistas reduz a liberdade de contratar e, por vezes, o custo da produção ao ocasionar, também, redução da competitividade das empresas, assim como engendra aumento do desemprego com novos problemas sociais que demandam soluções próprias. A melhoria da infraestrutura de regiões mais pobres do país poderá exigir a transferência de recursos públicos antes

⁶⁹ Existe alguma controvérsia em torno do significado dos termos aqui utilizados. Fenômenos de natureza política semelhante são classificados sob as categorias de *Welfare State*, Estado Providência ou, ainda, Estado Social. Embora essa distinção seja relevante em determinados contextos, aqui ela não é realizada. Uma discussão mais específica sobre a aplicação, no caso brasileiro, do instrumental teórico e conceitual geralmente criado para analisar sociedades desenvolvidas pode ser encontrada na seguinte obra: SOUZA, Marcelo Medeiros Coelho de. *A transposição de teorias sobre a institucionalização do Welfare State para o caso dos países subdesenvolvidos*. Brasília, DF: IPEA, 1999. 23 p. (Texto para discussão, n. 695).

⁷⁰ Pierre Rosanvallon ao formular um diagnóstico da crise do Estado Social no modelo do Estado de bem-estar (*Welfare State*) ou Estado-providência baseou-se em dados da economia francesa, verificando que o ritmo de crescimento das despesas públicas conectadas às políticas sociais e aos mecanismos de redistribuição foi mais rápido que o da produção nacional. ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997. p. 13.

⁷¹ Na linguagem vulgar, subsidiário refere-se àquilo que é secundário, que vem em segundo lugar, que é auxiliar ou supletivo, que vem em decorrência do principal. O princípio da subsidiariedade, segundo elucida o professor Baracho, vincula-se diretamente à organização da sociedade. Destacando-se, em sua compreensão, o entendimento de que todo ordenamento jurídico visa à proteção da autonomia privada perante as estruturas sociais. Ainda, de acordo com eminente constitucionalista, o princípio da subsidiariedade responde, ele próprio, à necessidade de fazer coabitar a liberdade autônoma e uma ordem justa, uma vez que o Estado subsidiário, perseguindo os seus fins, harmoniza a liberdade autônoma com a ordem social justa, com a finalidade de manter o desenvolvimento de uma sociedade formada por autoridades plurais e diversificadas, recusando-se o individualismo filosófico. O Estado suplente deve, pois, atender às fraquezas individuais, desde que elas sejam circunstanciais e não permanentes. A atuação exclusivista do Estado acaba por resultar, muitas vezes numa pior qualidade da prestação oferecida. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 26–32, 88–89.

destinados a outras regiões, gerando eventualmente a insatisfação dos contribuintes que se concentram nas regiões mais ricas. Exemplos similares poderiam ser dados em relação aos direitos do consumidor, à proteção à concorrência, políticas públicas voltadas para mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas, ou qualquer outra política pública. Isso não quer dizer que os direitos trabalhistas ou os direitos do consumidor não sejam relevantes e não possam exigir políticas públicas. Significa apenas que a sociedade torna-se mais diferenciada e complexa e que cada nova conquista de direitos gera novas exclusões e reivindicações, aumentando ainda mais a complexidade social numa progressão infinita ou, pelo menos, indeterminável. O aumento de complexidade gera mais aumento de complexidade.

Ao se perceber que a liberdade e igualdade formais não são suficientes para se garantir a justiça nas relações sociais, e que o mercado não garante por si só que os indivíduos desenvolvam plenamente suas capacidades e talentos, o Estado toma a si a tarefa de igualar os cidadãos concedendo-lhes direitos sob a forma de serviços públicos. O mesmo modelo de centralização e ingerência estatal típico da economia de bem-estar social é também vigente no direito, como se a realização da justiça dependesse exclusivamente da alocação de recursos materiais, tornando, portanto, inviável a manutenção do modelo de Estado de bem-estar.

Jorge Reis Novais identifica, no contexto do Estado Social, alguns outros aspectos que ajudariam a elucidar a sua crise como, por exemplo, o crescimento e diversificação que poderiam ter ocasionado um aumento da produção legislativa para enquadrar juridicamente estas tarefas, numa invasão das esferas da vida social e econômica pela Administração e pelo Direito. Paralelamente, o centro de gravidade do poder estatal teria sido atraído, aos poucos, pelo Poder Executivo ao gerar um *deficit* de legitimidade do poder.⁷²

A partir da década de 1980, tornaram-se frequentes os movimentos de reforma do Estado, muitas vezes impulsionados por ideias neoliberais ao buscar enfrentar os problemas surgidos do modelo social ante um cenário de crise econômica.⁷³ Diferentemente deste argumento, para Pierre Rosanvallon, a crise do *Welfare State* deve-se à sua incapacidade de responder aos novos valores e comportamentos sociais emergen-

⁷² NOVAIS, 2006, p. 203–205.

⁷³ Sobre as raízes estruturais do Estado de bem-estar é mais bem analisada no seguinte estudo: LEAL, Suelly Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de bem-estar social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. *Caderno de pesquisa do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas*, Campinas, SP, n. 13, p. 6–19, 1990.

tes nas sociedades pós-industriais e discorda das versões que consideram a crise como sendo de natureza eminentemente fiscal e financeira. Segundo ele, “[...] o principal bloqueio ao Estado-Providência é, afinal, de ordem cultural e sociológica”.⁷⁴ Em seguida, arremata que a crise do Estado-Providência deve ser “[...] compreendida simultaneamente como crise de um modelo de desenvolvimento e crise de determinado sistema de relações sociais”.⁷⁵

Assinala-se, segundo Claus Offe, que a crise iniciada na década de 70 do século passado, em razão da redução do crescimento econômico, pôs em risco as bases políticas sobre as quais repousavam as práticas redistributivas estatais. Os conflitos distributivos voltaram à cena política ao restringir as margens de negociação, levando à ruptura do compromisso que deu sustentação ao Welfare State. Considera-se, então, uma crise de legitimação,⁷⁶ traduzindo-se, assim, em uma crise política do Estado de bem-estar expressa no esgotamento daquela forma particular de regulação estatal baseada em políticas sociais e numa política econômica de corte keynesiano.⁷⁷ De acordo com o autor parece existir

[...] uma assimetria entre os processos sociopolíticos que resultam na expansão dos Estados do bem-estar e os que conduzem a cortes e finalmente ao declínio das políticas de bem-estar social. Na direção ascendente, são necessárias amplas alianças eleitorais, bem como alianças de grupos de interesse, que convirjam para a institucionalização das disposições coletivas. Com isso, tais disposições perdurarão, devido à inércia e à defesa dos interesses estabelecidos. Para sobreviver, é necessária tão somente a ausência de forças políticas opositoras. Em contraste com a expansão, o declínio normalmente não se inicia com movimentos de massa e forças políticas reacionárias. Origina-se, em geral, de imperativos econômicos anônimos, como pressões fiscais e orçamentárias, bem como de desequilíbrios no mercado de trabalho que sugerem cortes de gastos sociais. Na presença dessas dificuldades econômicas, a tendência aos cortes cumulativos só poderia ser detida mediante a existência de uma aliança política forte e unificada para defender as disposições vigentes. No entanto, é exatamente a formação de tal aliança que se torna improvável devido à fragmentação, pluralização e individualização de interesses. Em consequência, a incerteza na

⁷⁴ ROSANVALLON, 1997, p. 8.

⁷⁵ Idem, p. 8.

⁷⁶ Conforme lição de Lourdes Sola, a crise de legitimação do Estado corresponde também a mudanças na estrutura social, em especial, dos países latino-americanos, exprimindo-se em uma transformação nos próprios critérios de legitimidade, pois a importância do Estado de Direito, do pluralismo político, das regras processuais que devem reger as formas de interação política; e, sobretudo, do sistema de representação do qual o sistema partidário passou a ser o canal efetivo de reestruturação das relações entre Estado e sociedade corresponderam a uma verdadeira transformação na agenda de mudança dos setores democráticos na América Latina. SOLA, Lourdes. Reformas do Estado para qual democracia? O lugar da política. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 27–28.

⁷⁷ OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 310–317.

dimensão social (com respeito a que forças políticas e categorias sociais poderiam ser consideradas parceiros dignos de confiança em uma aliança defensiva) é reforçada pela incerteza na dimensão temporal (referente ao problema de quanto sacrifício presente será provavelmente compensado, e em que magnitude, por ganhos futuros em termos de crescimento, emprego e segurança).⁷⁸

Liga-se à ideia de reformulação dos mecanismos e instrumentos de atuação do Estado Social intervencionista a concepção, já expendida, de Estado Social e Democrático de Direito; neste modelo, acentua-se o elemento democrático, bem como a centralidade da sociedade na busca do bem-estar. Para além da consagração dos direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade, assiste-se a uma valorização da noção de solidariedade social e de subsidiariedade, semelhantemente à consolidação e aprofundamento da democracia política. Pode-se sustentar que, atualmente, os elementos da socialidade e da democracia tornaram-se indissociáveis no âmbito do Estado Constitucional.⁷⁹

Nas linhas que seguem, propõe-se analisar a eficácia dos direitos sociais. E aqui vale informar que a distinção entre os direitos sociais e os direitos de defesa (ao utilizar a terminologia da CF/1988 compreendem os direitos individuais ou coletivos – incluindo as garantias constitucionais) está no seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que esses direitos têm por finalidade proteger o indivíduo da investidas abusivas dos órgãos estatais a exigir destes tão somente prestações negativas; os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, para garantir-lhe ao menos o mínimo existencial, proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Estado do Bem-Estar Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.⁸⁰

⁷⁸ OFFE, 1994, p. 311.

⁷⁹ É o que explica Jorge Reis Novais: “[...] o Estado de Direito da nossa época é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjetivação. Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão atualizada do ideal de limitação jurídica do Estado com vistas na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. De fato, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da proteção dos direitos fundamentais, a obrigação social de modelação da sociedade pelo Estado e a autodeterminação democrática”. NOVAIS, 2004, p. 37.

⁸⁰ O expoente jurista Dirley da Cunha Júnior defende a plena eficácia e aplicabilidade imediata destes direitos em virtude da decorrência direta da suprema dignidade da pessoa humana, pois este princí-

3.4 Direitos sociais: sentido, alcance e universalidade

A construção do processo de desenvolvimento da linguagem do direito social fora compreendida à luz do fenômeno cristão do solidarismo e do conceito de humanidade. Filósofos aventuram-se nessa definição. Gustav Radbruch considerou Kant o filósofo que mais contribuiu para o desenvolvimento da noção de humanidade. A humanidade encontra-se na área da dignidade humana, na ideia de que todo homem deve ser considerado como um fim, uma unidade.⁸¹ A humanidade, segundo essa compreensão, explicar-se-ia como o altruísmo, a solidariedade. Contraria a humanidade tudo que seja cruel, inumano, humilhante, degradante ou contrário ao desenvolvimento da concepção de homem. Esse conteúdo se expressa também no âmbito da cultura. O conceito de humanidade é amplo, importando o alcance do termo humanidade e universalidade para o direito social. A racionalização da humanidade como moral universal tem como fim a integridade do homem. Hoje, neste novo século, a humanidade como sentimento universal separa-se com o fenômeno do desenvolvimento.

O direito social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social. Contudo, o direito social mais apropriado ao conteúdo da segurança jurídica (tratada de maneira minudente no próximo capítulo) é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social.

pio (dignidade da pessoa humana) para o citado jurista é a base de todos os direitos sociais e estes, como direitos fundamentais, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, cuja vinculação se submete ao controle judicial. CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 412–413.

⁸¹ Conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet, a concepção de dignidade de Kant parte da autonomia ética do ser humano ao considerar esta (a autonomia) como fundamento da dignidade da pessoa humana, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não poderia ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32. Com base nessa premissa – que a autonomia da vontade constitui fundamento da dignidade da natureza humana – Kant sustenta que o homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. KANT, 1980 apud SARLET, 2007, p. 33.

Segundo José Luís Bolzan de Moraes, a ideia do direito social é um produto essencialmente dos tempos modernos.⁸² Foi necessária, conforme salienta Georges Gurvitch⁸³ – mencionado por aquele autor – que a emancipação total do pensamento humano no Renascimento, a afirmação de um pluralismo de sistemas equivalentes, a liberação da sociedade humana – como totalidade – de sua confusão com outras espécies de totalidades, uma síntese entre individualismo e universalismo, para que florescesse a construção de um pensamento acerca de outro direito, ligado não mais ao indivíduo isolado, mas ao(s) grupo(s) social(is), o(s) qual(is) integra.⁸⁴

A teoria liberal sob os seus vários aspectos maximiza a figura do homem-singular, o indivíduo, único capaz de julgar sobre suas paixões e interesses. O projeto jurídico que daí decorre assume definitivamente como figura central e intocável de sua estrutura, este homem só, alheio e alienado de seu ambiente. Assim, o direito individual – como direito subjetivo – será a expressão jurídica do modelo liberal.⁸⁵

Todavia, a reação ao projeto liberal se faz sentir, contemporaneamente, com a profusão das doutrinas socialistas e, também, com as crises experimentadas por este modelo que impelem, por vários caminhos, a reinserção social deste indivíduo isolado de seu contexto sócio-histórico. Ao privilegiar a ideia de comunidade, em senso largo, vai permitir, no campo jurídico, a sustentação da concepção de direito social.⁸⁶

Para José Bolzan de Moraes, é também certo direito social que, no limiar do século XX, delineará a conjugação de uma nova ideia de Estado, o qual passará a ter

⁸² MORAIS, José Luís Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

⁸³ José Luis Bolzan de Moraes dedica-se a revisitar o pensamento de Georges Gurvitch que escreveu “L’idée du droit social” na década de 30 do século passado. Gurvitch é sociólogo francês, de origem russa, nascido em 1894 e falecido em 1965, naturalizado francês em 1928. O citado sociólogo francês foi o primeiro sistematizador do conceito de *direito social* e de *pluralismo jurídico* ao partir da premissa de que cada grupo tem a possibilidade de engendrar sua própria ordem jurídica interna de forma autônoma. Os grupos, assim, não esperam a intervenção estatal para produzir, uma vez que são considerados focos autônomos de regulamentação jurídica. No direito, diferentes órgãos (focos) se embatem, interpenetram-se, organizam-se, equilibram-se, de modo a se organizarem hierarquicamente de diversas maneiras. Deste modo, o direito social não se reduz a uma mera regulamentação do Estado em termos de ajuda social; implica, portanto, uma autonomização da sociedade e um novo tipo de regulação social que pressupõe a relação entre Estado/grupo e indivíduo. Por ser um fato normativo, ele faz com que o todo se comunique com as partes de uma maneira direta. O todo representa uma unidade, a qual foi criada na relação funcional com a multiplicidade. Mais especificamente, o direito social representa a integração do todo em que se pretende encarnar uma unidade criada na relação funcional com a multiplicidade, mas irreduzível a ela. Logo, a este direito social genérico estariam agregadas “n” ordens normativas parciais. Para José Luis Bolzan de Moraes, “esta convivência pressupõe a desvinculação desta teoria com o princípio da completude e abriria caminho para a ocorrência de uma pluralidade de ordens”. MORAIS, 1997, p. 29–40, 88–94.

⁸⁴ Idem, p. 30

⁸⁵ Idem, p. 32.

⁸⁶ Idem, p. 33.

funções positivas ao deixar de lado o seu feitio minimalista atrelado às seguranças interna e externa. O papel do Estado passa, então, a regulador e promotor do bem-estar social. É a ideia do *welfare state* que se comporá efetivamente no pós-45, onde o aspecto promocional passa a integrar definitivamente o vocabulário jurídico-político do século XX.⁸⁷

É o direito social, também, que, embora muitas vezes seja considerado tão só como conjunto de regras próprias à disciplina das relações de trabalho e à organização das questões de trabalho e à organização das questões relativas à seguridade social, de acordo com Bolzan de Moraes, é proposto por Georges Gurvitch como uma espécie de autorregulação comunitária, privilegiadamente alheia à normatização estatal. Nesse sentido, de acordo com Bolzan de Moraes, pode-se ler, em Georges Gurvitch, a crítica a uma visão limitada do direito social, ligada à ideia de política social do Estado, ou seja, como normas estatais próprias à regulação das relações de trabalho e seus consectários, como previdência, aposentadoria etc.⁸⁸

Conforme sustentado por Bolzan de Moraes, a apropriada compreensão de direito social gurvitchiano, em *L'idée du droit social*, assume a feição de

[...] um direito autônomo de comunhão, integrando de uma forma objetiva cada totalidade ativa real, que encarna um valor positivo atemporal. Este direito advém diretamente do “todo” em questão, para regular-lhe a vida interna, independentemente do fato que este “todo” seja organizado ou não. O direito de comunhão faz participar o “todo” de uma forma imediata na relação jurídica que dele resulta, sem transformar este “todo” em um sujeito distinto dos seus membros. O “direito de integração” institui um poder social que não está essencialmente ligado à uma coação incondicionada e que pode se realizar plenamente na maior parte dos casos, através de uma coação relativa à qual se pode subtrair; sob certas condições este poder social funciona, às vezes, mesmo sem coação. O direito social precede, na sua camada primária, toda organização do grupo e não pode se exprimir de uma forma organizada a não ser que a associação esteja fundada sobre o direito da comunidade objetiva subjacente, quer dizer, ao mesmo tempo em que constitui uma associação igualitária de colaboração e não uma associação hierárquica de dominação. O direito social se dirige, na sua camada organizada, a sujeitos jurídicos específicos – pessoas coletivas complexas – tão diferentes dos sujeitos individuais isolados quanto das pessoas morais – unidades simples – que absorvem a multiplicidade de seus membros na vontade única da corporação ou da organização.⁸⁹

Reprise-se, então, segundo leciona Bolzan de Moraes, que a noção de direito social gurvitchiano faz alusão ao direito social como autônomo e de comunhão,

⁸⁷ MORAIS, 1997, p. 33.

⁸⁸ Idem, p. 33.

⁸⁹ Tradução de José Luís Bolzan de Moraes. GURVITCH, 1931 apud MORAIS, 1997, p. 37.

incorporando valor positivo. Tratar-se-ia, portanto, do direito de integração,⁹⁰ distinto do direito de coordenação (ordem individual) e do direito de subordinação, reconhecido por sistemas de individualismo jurídico e de universalismo unilateral.

O direito individual tem como postulado a liberdade e a igualdade formal. Assim, o direito individual pertenceria ao campo da justiça comutativa ao estatuir a equivalência; o direito social, por sua vez, enquadrar-se-ia na justiça distributiva ao fixar a proporcionalidade.

Bolzan de Moraes, em seu estudo acerca da ideia de direito social, ao reportar-se ao pensamento gurvitchiano, assinala que este trata o direito social como direito de integração, como direito dos enfraquecidos e dos despossuídos economicamente, requerendo a intervenção do Estado. O direito social trata dos sujeitos aos quais ele se destina. Funda-se na confiança, no esforço comum, assim ele não é imposto de “fora” e nem do “alto”. Segundo Bolzan de Moraes, Georges Gurvitch reconhece que o direito social regulamenta o que está no interior e por baixo. O direito social, como direito de integração, é direito de participação, de caráter democrático e pluralista.⁹¹

Bolzan de Moraes revela que o direito social puro, para Georges Gurvitch, compreende poder social não previsto pelo direito estatal, um direito de integração, uma ordem em que importa a não submissão aos comandos unilaterais. Ainda, conforme leciona Bolzan de Moraes, o interesse geral, base da ideia de Georges Gurvitch acerca do direito social, não representa um interesse idêntico entre os membros da coletividade, mas um equilíbrio de interesses adversos, em que os interessados encontrarão os seus direitos formando o laço essencial, a solidariedade. O direito social como direito de integração deve ser direito dos grupos e dos indivíduos a ser assegurado em todos os aspectos da vida, do trabalho, do bem-estar, da segurança, da educação, enfim, tem caráter democrático, de proporcionalidade.⁹²

⁹⁰ Consoante magistério de José Luís Bolzan de Moraes, o direito social assume como ordem integrativa, pois está fundado sobre a confiança compartilhada pelos membros do grupo, pelo esforço comum e pela ajuda mútua. O citado autor preleciona que “[...] é este caráter comum(nitário) que permite traçar a linha delimitativa que separa, de um lado, esta ordem integrativa e, de outro, uma ordem coordenativa ou uma ordem subordinativa. Estas, ambas, assumem a feição disjuntiva, seja por estarem ancoradas na desconfiança e no conflito – característico do direito individual (direito de coordenação) – seja por se apoiarem na sujeição (direito de subordinação). A característica integrativa significa que a ordem normativa de direito social precisa renunciar aos pressupostos do individualismo jurídico e compreender que o direito não tem o caráter unívoco da negação e da limitação, enquanto se assegura de seu feito democrático”. MORAIS, 1997, p. 53–54.

⁹¹ Idem, p. 34 et seq.

⁹² Idem, p. 49 et seq.

Logo, o direito social destaca o homem concreto, a sociabilidade e a solidariedade, distintamente do direito individual, que consagra o homem isolado e abstrato. Importa ao direito social o predomínio do interesse coletivo sobre o interesse privado.

O direito individual tem como fundamento direito à liberdade, à propriedade, à igualdade formal. O direito social tem como pressuposto atingir a igualdade substancial (ou material) ao partir das situações em que impera a desigualdade. O direito individual pertence à ordem da justiça comutativa, da equivalência; enquanto o direito social pressupõe a justiça distributiva, a proporcionalidade.

O direito social que não elimina o direito individual, mas antes completa o seu âmbito de ação, não está situado fora nem contra o Estado. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em lapidar magistério, aponta a relevância e consagração dos direitos sociais, *in verbis*:

É sabido e assente que o constitucionalismo do século XX marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As Constituições, mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais.

Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo *perante o Estado*. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo *perante a dominação econômica de outros indivíduos*.

Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna.⁹³

Os estudiosos do direito social acentuam que o fim das leis sociais é a proteção dos economicamente enfraquecidos ou a garantia das necessidades vitais. Dá-

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 235, 1981. Grifos no original.

se a intervenção do Estado para a segurança social a fim de assegurar o interesse geral e o bem comum. O direito social define-se como um complexo de princípios e leis sociais imperativas, tendo o Estado a função supletiva de proteção das deficiências do indivíduo.⁹⁴

Os direitos fundamentais⁹⁵ integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado Constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.⁹⁶

Os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, à medida que “[...] o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos”.⁹⁷ É neste contexto que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas na esfera estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito. Os direitos fundamentais integram um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.⁹⁸

Já os direitos sociais fundamentais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e de um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.⁹⁹

⁹⁴ Nesse sentido: MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 80; SARLET, 2007a, p. 301.

⁹⁵ Conforme a lição de Ingo Wolfgang Sarlet o termo “[...] ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. SARLET, 2007a, p. 35–36.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins oferecem a seguinte definição de *direitos fundamentais* nestes termos: “Diretos fundamentais são direitos público–subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 54.

⁹⁶ SARLET, op. cit., p. 70.

⁹⁷ CABRAL PINTO, 1994 apud SARLET, 2007a, p. 71.

⁹⁸ SARLET, 2007a, p. 71–72.

⁹⁹ Vale transcrever a lição de Luzia Marques da Silva Cabral Pinto mencionada pelo renomado jurista Ingo Wolfgang Sarlet, *in verbis*: “Os direitos fundamentais **exigem a democracia material**, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coações derivadas do poder econômico e social”. CABRAL PINTO, 1994 apud SARLET, 2007a, p. 74. Grifo nosso.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins pontificam que os chamados direitos sociais ou a prestações encontram-se na categoria dos direitos de *status positivus*, porquanto permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida ao assegurar os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus* (trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado).¹⁰⁰ Segundo eles, o termo *direitos sociais* se justifica porque seu escopo é a melhoria de vida de extensas categorias da população mediante políticas públicas e medidas concretas de política social.¹⁰¹ E arrematam ao indicar que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, visto que todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados. Ressaltam, enfim, que o termo “direito fundamental” é de sentido idêntico do termo “*direito que possui força jurídica constitucional*”.¹⁰²

Em outro plano de análise, tem-se o proficiente escólio de João dos Passos Martins Neto que, ao aduzir o modelo de positivação dos direitos sociais, elucida que *fundamentais* são os direitos protegidos por meio de uma cláusula pétrea ou de rigidez absoluta, isto é, insuscetíveis de emenda destinada à sua supressão.¹⁰³ Sustenta que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos fundamentais, pois embora o art. 60, § 4º da CF/1988 aponte a literalidade da expressão “direitos e garantias individuais” não exclui os direitos sociais, os quais constituem, em todas as suas projeções singulares ao longo do texto constitucional brasileiro, direitos pétreos e, como tais, fundamentais.¹⁰⁴ Ainda, em conformidade com o pensamento de João dos Passos Martins Neto, ao ser admitido que os direitos sociais estejam expostos à abolição por meio de emenda constitucional, ter-se-ia de

[...] reconhecer ao poder constituinte derivado a possibilidade jurídica de a qualquer tempo rever a ordem constitucional em sua mais íntima essência, por falência de vínculos substantivos que garantam algo mais do que uma democracia feita de liberdades meramente formais. Tanto equivaleria a submeter a vigência do postulado do Estado Social à vontade de maiorias parlamentares de ocasião, numa aberta contradição com a manifestação soberana do pacto originário.

Em segundo lugar, os *direitos sociais* cumprem uma decisiva função de complementação, à medida que postulam tornar *reais* os benefícios prome-

¹⁰⁰ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 67.

¹⁰¹ Idem, p. 67.

¹⁰² Idem, p. 54, 67.

¹⁰³ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 173.

¹⁰⁴ Idem, p. 173.

tidos pelos direitos liberais e políticos formalmente proclamados. Daí formarem com estes, em conjunto, uma unidade indivisível.¹⁰⁵

Consoante preleção de Uadi Lammêgo Bulos, a maneira mais apropriada para estabelecer o sentido, o alcance e o entendimento dos direitos sociais, na metódica adotada pelo constituinte de 1988, é partir do raciocínio de que o conflito entre o indivíduo e a sociedade conduz a uma ideia mais estreita de direito social. A qualificação deste decorre da tutela do interesse do grupo contra o interesse particular do homem. O citado jurista acrescenta que a

[...] adjetivação *social*, que qualifica o direito, opõe-se, pois, ao ser individual, para dar predominância ao interesse maior da comunidade, ainda que se esteja tratando de interesse nitidamente do indivíduo, tomado em si mesmo. É que inúmeras prescrições deste Capítulo II [da Constituição Federal – nota nossa] foram consagradas para a tutela de interesses individuais, o que pode parecer até um paradoxo. No entanto, o que se busca é a satisfação do interesse particular, através de prestações positivas por parte do Estado, sem que isso leve ao sacrifício de toda a sociedade.

[...] Direitos sociais, portanto, são aqueles que sobrelevam a esfera particular, para alcançar o todo, numa visão de generalidade e conjunto. A sua compreensão deflui – com pujança e intensidade – sempre que for confrontado um interesse individual com um metaindividual, e vice-versa. Por isso, funcionam como lídimas liberdades ou prestações *positivas*, vertidas em normas de cunho constitucional.¹⁰⁶

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, cuja lição impende destacar, a propósito do que se tem explanado, que os direitos sociais por excelência são reputados como direitos a prestações materiais, os quais, segundo eles, recebem o rótulo de direitos a prestação em sentido estrito resultante da concepção social do Estado. Desse modo, estão concebidos com o propósito de atenuar desigualdades de fato na sociedade, visando a ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao alcance da liberdade efetiva por um maior número de indivíduos. O seu escopo consiste numa utilidade concreta de um bem ou de um serviço. Como exemplos de direitos a prestação material dos direitos sociais têm-se os enumerados no art. 6º da Constituição Federal, a saber, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.¹⁰⁷

¹⁰⁵ MARTINS NETO, 2003, p. 173–174. Grifos no original.

¹⁰⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 419–420. Grifos no original.

¹⁰⁷ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 249–250.

Os direitos sociais indicados na Constituição Federal **não excluem outros**, os quais se agregam ao ordenamento pátrio, seja pela via legislativa ordinária, seja por força da adoção de tratados internacionais. Há que destacar sua abertura, visto que não são *numerus clausus*. É o que se depreende do próprio *caput* do artigo 7º, o qual declara não estarem excluídos outros direitos sociais que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.¹⁰⁸

Por sua vez, também não se poderia versar acerca de direitos sociais fundamentais sem os relacionar com a passagem do Estado Liberal, consagrado pela dicção francesa *laissez-faire, laissez-passer*, para o Estado de Bem-Estar Social, da mesma forma conhecida como *Welfare State*.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é nesse panorama que se verificará que, sem dúvida, os direitos sociais surgem como direitos fundamentais em face dos reclamos que se fizeram presentes em dada época, em dado momento, em especial devido ao impacto da industrialização e aos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, às doutrinas socialistas e à constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não propiciava a garantia do seu efetivo gozo que acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios (como direitos trabalhistas e direitos à seguridade social, cuja proteção jurídica se reclama), assim como o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.¹⁰⁹

Deve-se reiterar, neste momento, que a Constituição do México de 1917 pode considerar-se como a primeira intenção de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais ao superar, assim, os polos opostos do individualismo e do coletivismo. Mas, sem dúvida, o texto constitucional mais importante, o que melhor reflete o novo estatuto dos direitos fundamentais na passagem do Estado Liberal ao Estado Social do Direito, é a Constituição alemã de Weimar de 1919. Na segunda parte da citada norma se formulava os “direitos e deveres fundamentais dos alemães”, reconhecendo-se, juntamente com as liberdades individuais tradicionais, direitos sociais referente à proteção da família, à educação e ao trabalho. A Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que desejaram conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta orientação influenciou a Constituição brasileira de 1934, continuando nas

¹⁰⁸ Nesse sentido, veja-se: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 713–714.

¹⁰⁹ SARLET, 2007a, p. 56.

constituições posteriores (em especial a de 1988), bem como na maior parte do constitucionalismo surgido após o fim da Segunda Guerra Mundial. É o caso, por exemplo, da Constituição italiana de 1947, da grega de 1975, da portuguesa de 1976 e da Espanha de 1978.¹¹⁰

As constituições referidas acima trataram deliberadamente de estabelecer um marco de direitos fundamentais integrado pelas liberdades públicas (tendentes a garantir as situações individuais) como também pelos direitos sociais. Talvez um dos pontos distintivos destes textos seja, precisamente, a ampliação do estatuto dos direitos sociais com o objetivo de satisfazer as novas necessidades de caráter econômico, cultural e social que conformam o ícone determinante de nossa época.

O eminente jurista José Afonso da Silva oferece, em lapidar magistério, a seguinte definição de direitos sociais, *in verbis*:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais à medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹¹¹

Os direitos sociais, todos eles, independentemente da forma de sua manifestação como prestação, têm por finalidade a criação e a garantia de uma igualdade entre os indivíduos e, por isso, de uma liberdade material (e não somente formal). São direitos que buscam, pois, a justiça social.

Assim, o vocábulo – *direitos sociais* – é utilizado comumente para significar a tutela de bens jurídicos que visam ao alcance da justiça social.¹¹²

¹¹⁰ LUÑO, 2004, p. 39–40.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 286–287.

¹¹² Paulo Bonavides sustenta o seguinte: “[...] A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. [...] Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente no art. 170, VII, e do sobredito art. 3º”. BONAVIDES, 2004, p. 642.

É oportuno registrar o escólio expendido por Ana Cristina Costa Meireles que delinea os contornos do significado jurídico dos direitos sociais; partindo da premissa, da qual se infere, de que todos eles (os direitos sociais) devem ter como exegese o princípio da dignidade da pessoa humana, eis a íntegra de seu pensamento:

[...] **Direitos sociais** são aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade, seja ela de uma forma geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercer por completo a sua personalidade **de acordo com o princípio da dignidade humana.**¹¹³

Recorrendo-se à valiosa lição explanada por Paulo Bonavides, o qual assim se pronunciou acerca da interpretação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, em especial o problema hermenêutico dos direitos sociais ao arrematar que:

[...] No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art. 6º da Constituição, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma disposta pelo texto constitucional. Tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da Sociedade.

A Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas [tais normas foram sempre uma espécie de salvo-conduto para as omissões constitucionais no campo da positividade social do Direito – nota nossa], recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.

[...] Demais, uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais.¹¹⁴

Registre-se o magistral estudo delineado pelo espanhol Santiago Sastre Ariza sobre uma teoria exigente dos direitos sociais. Segundo este autor, a conexão entre os direitos individuais e os direitos sociais não se reduz a uma questão meramente conceitual, visto que ambos designam um conjunto de obrigações positivas e negativas,

¹¹³ MEIRELES, 2007, p. 88. Grifo nosso.

¹¹⁴ BONAVIDES, 2004, p. 641–643.

senão que existe, além disso, uma intensa relação de conteúdo.¹¹⁵ Os direitos sociais, para o mencionado autor, aspiram ao desenvolvimento e, ademais, objetivam completar ou realizar algumas exigências que estão manifestadas nos direitos individuais.¹¹⁶ Ainda, conforme leciona o autor, os direitos sociais encontram seu fundamento na igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e inclusive na própria dignidade.¹¹⁷

Portanto, pode-se afirmar que os direitos sociais têm em vista a plena realização ou o aperfeiçoamento dos direitos individuais. Carlos Santiago Nino a isto se refere quando escreve com muita proficiência que

[...] los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado etc., en definitiva pueden considerarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual etc. Una vez que se advierte el simple hecho de que los derechos no solo se violan por acciones – actos de agresión – sino que también se violan por omisión, – se violan por la omisión de dar a los demás la ayuda o los recursos que son necesarios para desarrollar una vida digna y autónoma –, no se puede justificar esta distinción. Por qué dar privilegios a la acción sobre la omisión? Por qué suponer que cuando estamos pasivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? **Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no en contraposición con los derechos individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales.**¹¹⁸

Antonio Enrique Pérez Luño assinala que o nascimento e paulatino reconhecimento dos direitos sociais, na atualidade, não devem ser interpretados como uma negação dos direitos individuais (civis e políticos), senão como um fator decisivo para redimensionar seu alcance, visto que estes não podem ser concebidos como um atributo do homem isolado que objetiva interesses individuais e egoístas, mas como um conjunto de faculdades do homem ao desenvolver sua existência na esfera comunitária e conforme as exigências do viver social.¹¹⁹ Nesse sentido, para o expoente jurista espanhol, os direitos individuais só podem ter justificação se relacionados à comunidade ou aos efeitos da vida social, isto é, como direitos sociais, econômicos e culturais, os quais devem ser promovidos e protegidos com o fim de afirmar a dimensão social da pessoa

¹¹⁵ ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 112, p. 257, abr./jun. 2001.

¹¹⁶ Idem, p. 257.

¹¹⁷ Idem, p. 257.

¹¹⁸ NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 84, set./dez. 1989. Grifo nosso.

¹¹⁹ LUÑO, 2005, p. 86.

humana, dotada de valores autônomos, porém ligada de modo inseparável à comunidade onde desenvolve sua existência.¹²⁰

Joaquín Herrera Flores escreve que não se pode mais falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (direitos civis e políticos) e os sociais, econômicos e culturais, existindo apenas uma classe de direitos: os direitos humanos.¹²¹ Segundo ele, a liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda; uma sem a outra nada significa e, além disso, declara que *“sem condições que as coloquem em prática (políticas de igualdade que se concretizam nos direitos sociais, econômicos e culturais), as liberdades individuais (quer dizer, os direitos civis e políticos) e os direitos sociais não terão espaço em nosso mundo”*.¹²²

André de Carvalho Ramos, na mesma linha de raciocínio expendida pelos autores espanhóis acima referidos, sustenta que os direitos sociais asseguram as condições para o exercício dos direitos civis e políticos (chamados de direitos individuais) e que, em razão disso, a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos sociais deve expor as omissões e fraquezas deste mesmo Estado e obrigá-lo a executar as políticas públicas necessárias à correta concretização destes direitos.¹²³

Indo além, Celso Lafer vê a complementaridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, pois estes últimos buscam assegurar *“as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”*.¹²⁴ Ainda, para o autor, os direitos sociais são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade e tem como sujeito passivo o Estado porque *“na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”*.¹²⁵

José Ledur, na esteira do que foi revelado no parágrafo acima, afirma que os direitos sociais surgiram para conferir vitalidade aos direitos de primeira dimensão.¹²⁶ Segundo ele, os direitos de primeira e segunda dimensão são direitos compatíveis e

¹²⁰ LUÑO, 2005, p. 90.

¹²¹ HERRERA FLORES, 2009, p. 74.

¹²² Idem, p. 74.

¹²³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 235.

¹²⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

¹²⁵ Idem, p. 127.

¹²⁶ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 163. O autor esclarece, por exemplo, acerca da utilidade de alguém possuir o direito de expressão se não reúne condições, oriundas do acesso à educação básica, para se expressar, e vice-versa. Pode-se observar que as duas categorias de direitos formam vias de mão dupla.

complementares que se necessitam reciprocamente para terem pretensão de efetividade ao se exigir, portanto, atuação complementar e não excludente.¹²⁷

Cristina Queiroz defende que os direitos sociais não são “*normas no papel. São posições jurídicas jusfundamentais e, em princípio, garantidos por normas jurídicas vinculantes. [...] Não são, pois, normas enfraquecidas, submetidas a uma reserva de lei*”.¹²⁸

3.5 Necessidade de afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais

Os direitos fundamentais (aí abrangidos os direitos sociais) representam uma das escolhas políticas básicas da comunidade; incorporados na Constituição, dotam-na de um componente material–valorativo ligado à dignidade da pessoa humana¹²⁹ que se irradia para toda a ordem jurídica e funciona como parâmetro vinculante de qualquer atuação estatal.¹³⁰ A ideia de escolha política é referenciada para deixar claro que há a decisão de positivar e proteger os direitos do homem, tornando-os direitos fundamentais de uma determinada ordem política positiva; entretanto, não deve, por outro lado, obscurecer que a dignidade da pessoa humana não se coloca para o Estado como uma escolha, mas antes como um dado prévio e indisponível.¹³¹

Interessa anotar que as Constituições brasileira e portuguesa foram inequívocas na consagração da dignidade da pessoa humana, conforme se lê nos artigos 1º, inciso III; 170, *caput*; 226, § 7º; 227, *caput*; 230, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) e no artigo 1º da Constituição da República portu-

¹²⁷ LEDUR, 1998, p. 163.

¹²⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direito Constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra: Editora Coimbra, 2009. p. 378. Segundo a renomada jurista lusitana, o reconhecimento progressivo dos direitos sociais é notado, primeiramente, no plano nacional e, depois, no plano supranacional. A vasta rede de solidariedade, para Cristina Queiroz, no plano supranacional, pode ser percebida no quadro das organizações especializadas das Nações Unidas, tais como a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Associação Internacional para o Desenvolvimento etc. Todas essas instituições elaboraram um conjunto de convenções destinadas a garantir e reforçar, em nome da humanidade, um complexo de tarefas relativas aos doentes, aos trabalhadores, aos países em vias de desenvolvimento etc. *Idem*, p. 363.

¹²⁹ MIRANDA, 2000, p. 10–11, 180–181. Segundo o jurista lusitano, a Constituição, apesar do seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e ela repousa na dignidade da pessoa humana. Além disso, sustenta que os direitos, liberdades, e garantias, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa. *Idem*, p. 180–181.

¹³⁰ SARLET, 2007b, p. 112–113.

¹³¹ *Idem*, p. 43.

sa de 1976 (CRP/1976)¹³² ao ficar apenas com previsões textuais. A dignidade da pessoa humana, como valor que informa o sistema de direitos fundamentais e mesmo todo o sistema constitucional, não deve ser entendida segundo interpretações particulares, ainda que seja possível identificar uma raiz kantiana.¹³³ Como adverte Jorge Reis Novais, a dignidade não deve ser entendida segundo um padrão oficial, trata-se, ao contrário, de entendê-la de forma pluralista, aberta e tolerante; cada um define seus planos e forma de vida inseridos em sua própria compreensão de dignidade.¹³⁴

É a dignidade da pessoa humana compreendida nestes termos, como informadora e justificadora do Estado, o valor fundante da ordem jurídica estatal e que se concretiza, em graus variados, na positivação dos direitos fundamentais. A fundamentação dos direitos fundamentais – aí se incluem os direitos sociais – no Estado Constitucional pode ser condensada na fórmula de Paulo Bonavides, segundo a qual os “*direitos fundamentais são a bússola da Constituição*”¹³⁵ ou, dito de outro modo, tem-se um Estado de direitos fundamentais, fundado na dignidade da pessoa humana.¹³⁶

A ideia de Estado de Direitos Fundamentais permite perceber a centralidade assumida pelos direitos fundamentais – e mais propriamente pela dignidade da pessoa humana – nos textos constitucionais e na estruturação e na atuação estatais; não mais se concebe a Constituição como instrumento normativo voltado primordialmente à organização do poder, mas como instrumento organizador de um poder que se volta ao reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais.¹³⁷ O Estado deve se mover no espaço dos direitos fundamentais.

¹³² O artigo 1º da CRP/1976 dispõe, *in verbis*: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹³³ Ingo Wolfgang Sarlet, na linha desta influência kantiana, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, propõe o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana: “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, 2007b, p. 62.

¹³⁴ NOVAIS, 2004, p. 55–64.

¹³⁵ BONAVIDES, 2004, p. 600.

¹³⁶ NOVAIS, 2006, p. 12. No mesmo sentido também é a opinião de Cristina Queiroz ao lecionar que no moderno Estado de Direito Democrático e Constitucional por ser um Estado de Direitos Fundamentais, o *status positivus* deve voltar a ser posicionado no mesmo plano do *status negativus*. QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 88.

¹³⁷ Jorge Miranda ensina que a dignidade da pessoa humana situa a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado. MIRANDA, 2000, p. 180. Veja também as ilações de Antonio Enrique Pérez Luño – LUÑO, 2005, p. 116–119.

Logo, não é difícil compreender, desse modo, porque se acentua a ideia de fundamentalidade. Robert Alexy afirma que a fundamentalidade das normas jusfundamentais para o sistema resulta de suas dimensões formal e material; a primeira refere-se à posição que tais normas ocupam no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente os poderes estatais (Legislativo, Executivo e o Judiciário), o que somente se compreende por completo no âmbito de um modelo constitucional nem puramente procedimental nem puramente material.¹³⁸ Segundo leciona Robert Alexy, à fundamentalidade formal soma-se a fundamentalidade material ao significar que direitos fundamentais¹³⁹ e normas de direitos fundamentais¹⁴⁰ são materialmente fundamentais porque “[...] com eles se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles atribuído”.¹⁴¹

Ingo Wolfgang Sarlet, em sentido análogo, considera que se pode cogitar de uma fundamentalidade formal dos direitos fundamentais nos seguintes aspectos: (a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; (b) encontram-se incluídos nos limites de revisão constitucional; (c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º da CF/1988).¹⁴² Já fundamentalidade material decorre do fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material ao conter as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.¹⁴³ Canotilho extrai consequências semelhantes da fundamentalidade destes direitos e expõe suas funções,

¹³⁸ ALEXY, 2007, p. 461–463.

¹³⁹ É importante registrar que a noção de norma de direito fundamental é mais ampla que o conceito de direito fundamental. É que os catálogos de direitos fundamentais, normalmente, contêm comandos normativos que não outorgam direitos. Como bem observa Alexy, embora seja certo que a um direito fundamental sempre corresponde uma norma de direito fundamental válida e eficaz, o inverso nem sempre ocorre. Alexy, ao examinar o tema, destaca que, caso fosse adotada uma definição que afirmasse que são normas de direito fundamental apenas aquelas que outorgam direitos fundamentais – de modo que as duas expressões seriam sempre as “duas caras de uma mesma moeda” – seria preciso admitir a existência de normas que, a despeito de estarem estabelecidas por meio de formulações contida nos catálogos de direitos fundamentais, não poderiam ser chamadas normas de direitos fundamentais. Afirma o autor que tal concepção não é adequada ao direito positivo, pois os catálogos de direitos fundamentais usualmente veiculam normas em relação às quais não há direito subjetivo correspondente. Sob esse prisma conclui que “[...] é aconselhável, por isso, tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental”. Idem, p. 31–32.

¹⁴⁰ De acordo com o escólio de Robert Alexy as normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas pelos enunciados contidos no texto constitucional. Idem, p. 48.

¹⁴¹ Idem, p. 462. Tradução nossa.

¹⁴² SARLET, 2007a, p. 88–89.

¹⁴³ Idem, p. 89.

quais sejam: função de defesa ou liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.¹⁴⁴

Paulo Bonavides, em atenção à teoria desenvolvida por Carl Schmitt sobre os direitos fundamentais, este estabeleceu dois critérios formais para a identificação dos direitos fundamentais: (a) são direitos fundamentais todos aqueles assim especificamente nomeados no texto da Constituição; (b) são direitos fundamentais os direitos dotados de maior proteção pelo constituinte, seja em virtude de sua imutabilidade sob a ótica da reforma constitucional (cláusulas pétreas), seja em virtude da criação de procedimentos mais complexos de modificação.¹⁴⁵

De acordo com os critérios acima, seriam direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 todos aqueles enumerados no Título II, denominados “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, bem como aqueles a que se refere à norma do art. 60, § 4º, IV ao estabelecer cláusulas pétreas não sujeitas à deliberação de reforma constitucional.

Consoante o primeiro critério, é certo que os direitos sociais previstos no Capítulo II da Constituição Federal representam direitos fundamentais. A dúvida pairaria sobre os direitos previstos no Título VIII, que trata da Ordem Social.

Uma interpretação sistemática do texto constitucional auxiliaria na solução da questão. De fato, ao enumerar como direitos sociais o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados; o art. 6º determinou que a proteção destes direitos se desse “*na forma desta Constituição*”. Significa que, apesar da falta de sistematização, o constituinte remeteu o intérprete precisamente ao Título VIII, que trata da ordem social, onde seus diversos dispositivos explicitam a forma como se dará a efetivação dos direitos sociais previstos no art. 6º. Precisamente neste Título encontra-se sediada a maior parte dos direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, como o direito à educação fundamental (art. 208, I, § 1º) e à saúde (art. 196), os quais são autênticos direitos sociais fundamentais.

Ao observar a Constituição brasileira de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que o critério formal – apesar de relevante – não permite uma identificação completa dos direitos fundamentais.¹⁴⁶ E isso se deve, especialmente, ao fato de a própria Constituição prever direitos fundamentais fora do catálogo do Título II, sejam direitos

¹⁴⁴ CANOTILHO, 2003, p. 379, 407–410.

¹⁴⁵ BONAVIDES, 2004, p. 561.

¹⁴⁶ SARLET, 2007a, p. 89–90.

dispersos no texto constitucional (e, neste sentido, pode-se fazer referência aos direitos fundamentais previstos nos títulos “Da Ordem Econômica” e da “Da Ordem Social”), sejam direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional, sejam, ainda, direitos oriundos de tratados internacionais.

Além disso, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, que a regra contida no art. 7º da CF/1988, cujos incisos especificam os direitos fundamentais dos trabalhadores, prevê expressamente, em seu *caput* (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”), a abertura a outros direitos similares. Logo, o rol dos direitos sociais (art. 6º) e o dos direitos sociais dos trabalhadores (art. 7º) são – segundo a dicção do art. 5º, § 2º, da CF/1988 – meramente exemplificativos, de modo que ambos podem ser perfeitamente qualificados de cláusulas especiais de abertura.¹⁴⁷

A utilidade de um conceito material de direitos sociais fundamentais não se revela exclusivamente como critério para a identificação dos direitos fundamentais fora do catálogo do Título II da Constituição Federal, mas também para informar o intérprete acerca de quais valores foram levados em consideração pelo constituinte para a previsão constitucional destes direitos.

Esta preocupação com o valor se depreende das lições do publicista português Jorge Miranda que ao elaborar o conceito material dos direitos fundamentais faz referência aos “*direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa [...]*”.¹⁴⁸ O expoente publicista reconhece que um conceito material de direitos fundamentais será sempre relativo, visto que deverá respeitar as posições filosóficas, políticas e éticas de cada constituinte, em cada país.¹⁴⁹ De qualquer modo, o apego ao valor e à dignidade da pessoa humana são critérios materiais de relevância.

A dignidade da pessoa humana exige atuações estatais positivas, prestacionais, além das clássicas abstenções impostas pelos direitos de liberdade; em outras palavras, a dignidade da pessoa não se satisfaz com os direitos de liberdade, exige a previsão e eficácia de direitos sociais que garantam as condições materiais de vida digna e de desenvolvimento da personalidade. Se a dignidade da pessoa humana é o valor central na justificação e imposição dos direitos fundamentais, forçoso reconhecer a im-

¹⁴⁷ SARLET, 2007a, p. 97.

¹⁴⁸ MIRANDA, 2008, p. 11–12.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 9–10.

possibilidade de restringir esta categoria aos tradicionais direitos de liberdade. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional necessariamente englobam alguma dimensão prestacional; logo, obrigatoriamente abarcam os direitos sociais.¹⁵⁰

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a dimensão prestacional outorgada aos direitos sociais – com destaque especial para o direito à saúde – que constituem direitos a prestações positivas, podendo o interessado exigir do Estado meios concretos para exercê-los. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello ao votar, embora tenha sido vencido, na Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei do Estado de São Paulo¹⁵¹ que obrigava os planos de saúde a garantir o atendimento a todas as enfermidades, sem exceções, consignou:

[...] O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem, como no caso, providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à vida e à saúde – se qualifica como prerrogativa inderrogável.¹⁵²

¹⁵⁰ Registre-se a profícua lição expendida por Santiago Sastre Ariza ao ensinar que não se deve atribuir a dimensão prestacional somente no espaço dos direitos sociais. De acordo com este autor, estudar os direitos individuais como aqueles que se associam com deveres de omissão ou abstenção e os direitos sociais como aqueles que se vinculam com deveres de ação ou obrigações positivas, que demandam uma prestação concreta, pode resultar numa compreensão deficiente destes direitos, visto ser um enfoque muito reducionista que não se ajusta à atuação real que comportam estes direitos. A Crítica apontada pelo citado autor é que nem todos os direitos individuais exigem deveres de omissão, nem todos os direitos sociais demandam obrigações (prestações) positivas, uma vez que qualquer direito pressupõe algum tipo de ação positiva pelo Estado. O caráter prestacional, para o referido autor, se converte em uma característica que não é exclusiva dos direitos sociais, porém é comum a todos os direitos. Afirma, no entanto, que a natureza prestacional ou a atividade do poder público parece ter um maior peso ou uma significação mais especial no caso dos direitos sociais. ARIZA, 2001, p. 256.

¹⁵¹ SÃO PAULO (Estado). Lei nº 9.495, de 4 de março de 1997. Dispõe sobre a obrigatoriedade das empresas privadas que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação de serviços médico-hospitalares a garantirem atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde. “Artigo 1º - As empresas de seguro-saúde, empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares e operem no Estado de São Paulo, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza”. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/171843/lei-9495-97-sao-paulo-sp>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 1.595-SP. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. Data do

As peculiares características dos direitos sociais, por vezes associadas à técnica de positivação, não permitem negar-lhes o carácter de direitos fundamentais. Se isso já seria indefensável no campo teórico, com maior razão o é perante as Constituições brasileira e portuguesa, que não deixam qualquer dúvida acerca da fundamentalidade de tais direitos e, configurando Brasil e Portugal como Estados de Direito Democráticos e Sociais, denominado de Estado Constitucional ao alocarem os direitos sociais em posição central. Não é, ainda, de desconhecer que a positivação destes direitos nestas Constituições se deu, muitas vezes, por preceitos detalhados.¹⁵³

Cristina Queiroz ensina que os direitos sociais configuram-se como direitos fundamentais reconhecidos por normas de estalão constitucional.¹⁵⁴ Nestes precisos termos, segundo ela, “[...] não vemos como não possam ser igualmente constituídos como ‘posições jurídicas jusfundamentais’, isto é, como ‘direitos subjetivos’”.¹⁵⁵ Desfrutar de um direito subjetivo no caso dos direitos sociais fundamentais, conforme lição de Cristina Queiroz, significa ter o poder de requerer perante outro sujeito um determinado comportamento, pois o conteúdo do direito social pressupõe um comportamento, ou seja, um dever de proteção e uma ação positiva, que o respectivo titular pode exigir a outro sujeito (poderes públicos).¹⁵⁶

Assim, pode-se afirmar, na esteira do pensamento de José Carlos Vieira de Andrade, que os direitos sociais, como direitos fundamentais, possuem força jurídica que pode ser traduzida:

- (a) Na imposição do dever de legislar para tornar tais direitos exequíveis – dever sancionado com a inconstitucionalidade omissiva;
- (b) Na sua configuração como padrão jurídico de controle judicial da validade de normas jurídicas;

juízo pelo Plenário da liminar: 30.04.1997. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 7.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2009.

¹⁵³ NETTO, 2009, p. 43.

¹⁵⁴ QUEIROZ, 2006, p. 90, 119.

¹⁵⁵ Idem, p. 90. Daniel Sarmiento aduz que o reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos sociais não exclui a presença da sua dimensão objetiva, visto ser possível detectar a força irradiante dos direitos sociais que os torna diretrizes importantes para interpretação de outras normas e atos jurídicos, bem como o dever do Estado de proteger perante terceiros os bens e valores subjacentes existentes nos direitos sociais e a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos à realização destes direitos. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 568.

¹⁵⁶ QUEIROZ, op. cit., p. 16, 90.

- (c) Na imposição de interpretação mais favorável aos direitos fundamentais;
- (d) Na sua virtualidade de fundamentar restrição a outros direitos fundamentais;
- (e) Na sua força irradiante que confere certa capacidade de resistência diante das alterações normativas.¹⁵⁷ Resta verificar se também deve ser incluída neste rol a força jurídica dos direitos sociais para se oporem a alterações constitucionais.¹⁵⁸

Jorge Reis Novais ao versar sobre a relevância jurídico–constitucional dos direitos sociais destaca: (a) que eles se colocam como elementos imprescindíveis para a compreensão do Estado de Direito atual e configuram critérios de interpretação das demais normas constitucionais; (b) atuam como fundamento para restrição a direitos, liberdades e garantias; (c) são vulneráveis à ocorrência de inconstitucionalidade por omissão; (d) são também vulneráveis no plano da eventual inconstitucionalidade por ação que resulte da violação específica dos direitos sociais.¹⁵⁹

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet acentua a eficácia vinculante dos direitos sociais mesmo que venham a reclamar uma eventual interposição legislativa, registrando que estes direitos consagrados constitucionalmente:

- (a) Impõem a revogação dos atos normativos anteriores à Constituição contrários ao conteúdo da norma de direito fundamental;
- (b) Impõem ao legislador o dever de legislar conforme os direitos fundamentais;
- (c) Impõem a declaração de inconstitucionalidade dos atos contrários posteriores à Constituição;
- (d) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- (e) Geram algum tipo de posição jurídico–subjéctiva;
- (f) Geram uma proibição de retrocesso social, ou seja, uma proibição para o legislador de abolir as posições jurídicas legalmente criadas.¹⁶⁰

¹⁵⁷ ANDRADE, 2004, p. 393.

¹⁵⁸ Sustenta-se que deve ser incluída neste rol a força normativa dos direitos sociais contra as modificações constitucionais. É o que se verá no item 3.8 – a natureza cláusula pétrea dos direitos sociais.

¹⁵⁹ NOVAIS, 2004, p. 298–302.

¹⁶⁰ SARLET, 2007a, p. 312–317.

Daniel Sarmento ao manifestar-se sobre a proteção judicial dos direitos sociais preconiza que estes por serem garantidos pelo Estado por meio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial.¹⁶¹ Sustenta que os direitos sociais por constituírem autênticos direitos e, nesta qualidade, podem e devem ser assegurados pela via jurisdicional em casos de omissões injustificáveis ou arbitrariedades das autoridades competentes.¹⁶²

3.6 Normas programáticas e normas definidoras de direitos sociais fundamentais

A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas sempre foi palco de debates doutrinários, representando o maior desafio do Direito Constitucional contemporâneo. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, cuida-se de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador.¹⁶³

Conforme escólio de Dirley da Cunha Júnior, na Itália autores como, por exemplo, Gaetano Azzariti, sustentaram que as normas programáticas ou diretivas se limitam a indicar uma via ao legislador futuro, não sendo nem mesmo verdadeiras normas jurídicas, negando-lhes qualquer eficácia. Para essa doutrina tradicional, consoante lição de Dirley da Cunha Júnior, a falta de juridicidade das normas programáticas obsta o cidadão invocá-las nos tribunais para pedir o seu cumprimento, ainda que contemplessem direitos sociais.¹⁶⁴

Com efeito, em conformidade com o pensamento de Dirley da Cunha Júnior, o caráter aberto e diretivo das normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos do Poder. Se a Constituição é, toda ela, norma jurídica, todos os direitos nela contemplados têm aplicabilidade direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo e o Legislativo. Reforça essa tese o § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. A Constituição brasileira define um modelo econômico de bem-estar.¹⁶⁵ Tal modelo converge para o objetivo de construir uma sociedade livre,

¹⁶¹ SARMENTO, 2008, p. 580.

¹⁶² Idem, p. 580.

¹⁶³ SARLET, 2007a, p. 309.

¹⁶⁴ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 171.

¹⁶⁵ Idem, p. 171. Não é diferente a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, para o qual todas as normas consagradoras de direitos fundamentais, incluindo as normas definidoras de direitos sociais, são do-

justa e solidária (art. 3º, I da CF/1988), garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CF/1988), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CF/1988), promoção do bem de todos (art. 3º, IV da CF/1988), a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput* da CF/1988).

No plano científico, não pairam mais dúvidas nem subsistem mais questionamentos a respeito do caráter jurídico e, conseqüentemente, vinculante das normas constitucionais programáticas.¹⁶⁶ O só fato de estas normas contemplarem direitos sociais dependentes de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo, não lhes retira a eficácia jurídica. Dirley da Cunha Júnior ancorado nas lições de Vezio Crisafulli o qual sustenta que das normas programáticas podem surgir situações subjetivas que devem ser examinadas em um duplo aspecto: situações negativas ou de vínculo e situações positivas ou de vantagens.¹⁶⁷

Pela situação de vínculo, reconhece-se que das normas programáticas deriva um vínculo para o legislador que, por terem tais normas uma fonte superior (a constituição), é de natureza obrigatória, de modo que a não observância dessas normas programáticas acarreta a invalidação total ou parcial do ato de exercício do poder.¹⁶⁸ Segundo o jurista italiano, até as omissões ante a efetivação das normas programáticas gera a inconstitucionalidade do silêncio dos órgãos estatais.¹⁶⁹ Também na defesa da eficácia jurídica e obrigatoriedade das normas programáticas, sobretudo as definidoras de direitos sociais,¹⁷⁰ manifesta-se Luís Roberto Barroso para quem modernamente

[...] já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políti-

tadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis no âmbito da constituição e independentemente de intermediação legislativa. SARLET, 2007a, p. 311–312. No mesmo sentido: MEIRELES, 2007, p. 381.

¹⁶⁶ Nesse sentido conferir: DERBLI, 2007, p. 225; BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 152–155; SARLET, 2007a, p. 310–317; CANOTILHO, 2003, p. 1176–1177; MEIRELES, 2007, p. 241.

¹⁶⁷ CRISAFULLI, 1952 apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 172.

¹⁶⁸ Idem, p. 172.

¹⁶⁹ Idem, p. 172.

¹⁷⁰ Conforme escólio de Felipe Derbli serão normas constitucionais definidoras de direitos sociais “[...] aquelas das quais for possível deduzir, no curso da atividade interpretativa, uma posição jurídico-subjetiva de cunho social”. DERBLI, 2007, p. 233–234.

cos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.¹⁷¹

Luís Roberto Barroso admite que possa haver direito subjetivo perante as normas programáticas, embora o seja, para o jurista, em sua versão negativa de exigir que o Poder Público se abstenha de praticar atos que contravenham seus ditames.¹⁷² Aduz a existência do direito de “[...] *opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional*”, o de “[...] *obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos*”,¹⁷³ e sugere, para reflexão futura, a existência de possibilidade de invocação de uma norma constitucional programática para impor ao Poder Público determinada obrigação de fazer relacionada a prestações positivas.¹⁷⁴

O que Luís Roberto Barroso assevera é tão mais verdadeiro quando se está perante a novel categoria jurídico–constitucional da omissão inconstitucional, que nada mais é do que a garantia de efetividade da constituição, o que enseja concluir, na esteira do pensamento de Dirley da Cunha Júnior, que: são tão jurídicas e vinculativas as normas programáticas, notadamente as definidoras de direitos sociais que, na hipótese de não realização destas normas e destes direitos por inércia dos órgãos de direção política (Executivo e Legislativo), caracterizada estará a inconstitucionalidade por omissão.¹⁷⁵

Do expendido, Canotilho salienta que as normas programáticas são reconhecidas de um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição e, além disso, não se deve falar de simples eficácia programática (ou diretiva), pois qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.¹⁷⁶ Segundo o jurista de Coimbra, a eventual mediação

¹⁷¹ BARROSO, 2006, p. 102. Grifo no original.

¹⁷² Idem, p. 117.

¹⁷³ Idem, p. 117.

¹⁷⁴ Idem, p. 151.

¹⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 172–173.

¹⁷⁶ CANOTILHO, 2003, p. 1176–1177. Cumpre assinalar a lição expendida por Ana Carolina Lopes Olsen, segundo a qual algumas normas de direitos sociais fundamentais se portam como regras, prevendo condutas determinadas a serem executadas pelos poderes públicos. Outras, entretanto,

concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que essas normas careçam de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interposição do legislador.¹⁷⁷ De acordo com Gomes Canotilho a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *diretivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.¹⁷⁸

Ainda, conforme lição de Canotilho, ao versar sobre o princípio da democracia econômica, social e cultural (ou princípio da socialidade) em favor de novas premissas normativas da justiça econômico-social caracterizadas por uma maior abertura para o “social concreto”, por uma maior “normalidade social” desenvolvida ou implementada quer pelo Estado quer pelos cidadãos, aduz que o princípio da democracia econômica, social e cultural constitui uma autorização constitucional no sentido de o legislador democrático e de outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma justiça constitucional nas vestes de uma justiça social.¹⁷⁹ E, mais adiante, arre-mata ao afirmar que o princípio da democracia econômica, social e cultural

[...] é uma imposição constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A atividade social do Estado é, assim, atividade necessária e objetivamente pública.¹⁸⁰

têm manifesto caráter principiológico, razão pela qual devem sofrer um processo de ponderação mediante argumentação jusrracional capaz de densificar seu conteúdo diante do caso concreto e aprimorar sua densidade normativa a ponto de torná-la imediatamente aplicável. Concebê-las como normas programáticas, incapazes de outorgar aos seus titulares o direito de exigir prestações estatais, bem como incapazes de gerar a responsabilidade do Estado pelo não cumprimento de seu conteúdo significa retirar a força normativa da Constituição, rebaixá-la a mera carta de boas intenções, incapaz de transformar a sociedade. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 104.

¹⁷⁷ CANOTILHO, 2003, p. 1177.

¹⁷⁸ Idem, p. 1177.

¹⁷⁹ Idem, p. 338.

¹⁸⁰ Idem, p. 342.

A propósito do tema, é inevitável a alusão às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, às quais se adere integralmente.¹⁸¹ O expoente jurista, ao cuidar da eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social, em especial da eficácia da norma definidora do salário mínimo, sustenta que o Judiciário pode aplicar diretamente essa norma e fixar o valor do salário mínimo, quando ausente esse valor ou insuficiente ante as exigências da norma constitucional.¹⁸² Isso porque, à luz da norma constitucional da época em exame (art. 165, I da CF/1969), o mandamento normativo já descreve a utilidade a ser fruída – salário capaz de satisfazer as necessidades normais de um trabalhador e sua família, conforme as condições da região. Assim, a “[...] *conduta devida, conquanto implícita, é decorrência imediata da textualidade da norma: pagar salário que atenda aos requisitos mencionados*”.¹⁸³ Após afirmar que nada mais exige a norma, senão que o empregador pague o salário ao empregado e, em seguida, ao acenar a conveniência de lei que fixe um salário mínimo suficiente, aduz que

[...] Nada obstante, se houvesse omissão legal ou do Executivo, caberia a qualquer trabalhador a quem fosse pago salário abaixo do indispensável para atendimento das necessidades normais, acionar seu empregador para que cumprisse o dever constitucional. E o quantum devido seria fixado pelo juiz da causa, que nisto exerceria função nada diferente da que lhe assiste em inúmeros casos em que, por dever de ofício, reconhece o alcance e a extensão de outros conceitos vagos e imprecisos. Assim, quando fixa o “justo preço” de uma indenização ou quando arbitra “quantia módica”, ou quando estabelece a cabível pensão alimentar “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” ou quando verifica se alguém cuidou da coisa entregue em comodato “como se sua fora”, o que está a fazer é pura e simplesmente determinar o conteúdo destas noções fluidas.¹⁸⁴

Prossegue o supracitado jurista ao afirmar que:

[...] Supor que é o Legislativo, e só ele, o titular da dicção do critério sobre o que seja o salário-mínimo – e não o Judiciário – implica proferir um absurdo jurídico incapaz de resistir à mais superficial análise. E muito pior seria atribuir ao Executivo exclusividade na inteligência de qual seria *in concreto* o salário mínimo cabível nas diferentes regiões do País.

O intérprete das normas – quem diz a verdade jurídica – não é o Legislativo, nem o Executivo, mas o Judiciário. Ora, as disposições constitucionais são normas. Assim, o titular do poder jurídico de dizer sobre elas é, pois, o Judiciário.¹⁸⁵

¹⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57–58, p. 233–256, 1981.

¹⁸² Idem, p. 252.

¹⁸³ Idem, p. 252.

¹⁸⁴ Idem, p. 252.

¹⁸⁵ Idem, p. 253.

Por tudo isso, Celso Antônio Bandeira de Mello arremata que “[...] é irrecusável o direito dos cidadãos a postularem jurisdicionalmente os direitos que decorrem das normas constitucionais reguladoras da justiça social”.¹⁸⁶ E acrescenta que

[...] As disposições constitucionais relativas à justiça social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. **Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer.**

Há violação das normas constitucionais pertinentes à justiça social – e, portanto, inconstitucionalidade – quer quando o Estado age em descompasso com tais preceitos, quer quando, devendo agir para cumprir-lhes as finalidades, omite-se em fazê-lo.

Todas as normas constitucionais concernentes à justiça social – **inclusive as programáticas** – geram imediatamente direitos para os cidadãos, não obstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da palavra.

[...] Todas as normas constitucionais atinentes à justiça social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à justiça social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à justiça social.

[...] **Os direitos sociais fazem parte do acervo histórico, jurídico, ético e cultural dos povos civilizados. Integram o patrimônio cultural do povo brasileiro.** Por isso se incluem no conceito de patrimônio público. Daí que sua lesão pode ensejar propositura de ação popular constitucional, com base no art. 153, § 31 [art. 5º, LXXIII da CF/1988 – nota nossa].¹⁸⁷

Reforça esse entendimento a declaração jurídica de que o Estado (e é o caso do Estado brasileiro) se submete ao ideal de uma democracia substantiva ou material,¹⁸⁸ compromissária com os propósitos da justiça social. Em decorrência disso, é pos-

¹⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, 1981, p. 254.

¹⁸⁷ Idem, p. 254–255. Grifo nosso.

¹⁸⁸ Segundo magistério de Reis Friede, a democracia material (substantiva ou efetiva) denota características e atributos básicos que, na qualidade de genuínos elementos de concreção, ultrapassam em muito a concepção clássica (e limitada) da representatividade para forjar um autêntico binarismo complementar entre os denominados Estados dotados de plena legitimidade e de legalidade por intermédio de, pelo menos, cinco postulados fundamentais: (1) efetiva participação do povo (conjunto de nacionais) na atividade sociopolítico–estatal; (2) legitimidade do exercício do poder, ou seja, os mandatários e agentes de poder devem gozar de incontestável autorização do titular do poder político (povo); (3) prevalência da vontade da maioria, porém respeitando os direitos da minoria – os direitos das minorias são assegurados pelo texto constitucional e garantidos pela ação comissiva (e permanente) dos órgãos estatais; (4) regime de amplas liberdades em que há plena e sinérgica garantia do respeito aos direitos individuais e coletivos, inexistindo qualquer forma de inação ou omissão, neste particular, do Estado; (5) império da lei e da ordem legitimamente (consensualmente) estabelecido, em última análise, no texto constitucional. FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 242, 249.

sível sustentar que, na hipótese de omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), na realização das tarefas sociais, notadamente quando deflagradoras de direitos sociais, deva ocorrer um sensível deslocamento do centro destes órgãos mencionados, consoante preleção de Dirley da Cunha Júnior, para o plano da jurisdição constitucional.¹⁸⁹ Isso porque, de acordo com o citado jurista, se com o advento do Estado Social e do papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Executivo, no Estado Democrático de Direito há (ou deveria haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo podem ser perfeitamente supridas pela atuação do Poder Judiciário mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos para esse fim na própria Constituição (como, por exemplo, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental) que instituiu e organizou o Estado Democrático de Direito.¹⁹⁰

Regina Maria Macedo Neri Ferrari, mencionada por Olsen, sustenta que mesmo normas programáticas seriam capazes de gerar direitos subjetivos, de forma que, se de um lado inibem os poderes públicos de agir em desconformidade com os fins por ela estabelecidos, de outro “[...] conferem ao seu destinatário o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas”.¹⁹¹ Ante esse quadro, a autora supracitada defende que as normas programáticas poderiam colocar seus titulares em três posições jurídicas distintas: (1) na posição de titulares de situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma omissão estatal; (2) na posição de exigência de prestações positivas do Estado, as quais podem encontrar limites de cunho econômico ou político; e (3) na posição de titulares do direito à edição de norma jurídica integradora.¹⁹² Nessas condições, Regina Ferrari, referenciada por Olsen, embora conceba determinadas normas de direitos sociais fundamentais como normas programáticas, atribuindo ao termo novo sentido, de modo que direitos como o direito fundamental à saúde (art. 196, da CF/1988) e o direito à educação fundamental (art. 205, da CF/1988) conferem verdadeiros direitos subjetivos prontamente desfrutáveis.¹⁹³

Em outro plano de análise, segundo magistério de Ana Carolina Lopes Olsen, *não se pode conceber normas de direitos fundamentais – tais como as de direito*

¹⁸⁹ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 175.

¹⁹⁰ Idem, p. 176.

¹⁹¹ FERRARI, 2001 apud OLSEN, 2008, p. 106.

¹⁹² Idem, p. 106.

¹⁹³ Idem, p. 106.

social – como normas programáticas, pois não estabelecem meramente “programas” ou fins a serem cumpridos pelo Estado, mas conferem verdadeiros direitos aos seus titulares. Em alguns casos, para a citada autora, esses direitos serão abstratos e dependerão da atuação do intérprete que, mediante a ponderação, poderá identificar, no caso concreto, os direitos definitivos.¹⁹⁴ Em outros, para a referida autora, “[...] serão definitivos *prima facie*, seja porque suas normas correspondem a verdadeiras regras, seja porque os princípios que as veiculam têm um peso maior no caso concreto, como aqueles que veiculam direitos ligados ao mínimo existencial”.¹⁹⁵

3.7 A eficácia dos direitos sociais fundamentais

A observação do catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 revela que o constituinte procurou positivá-los mediante a utilização de técnicas distintas. Importa consignar que as normas definidoras de direitos fundamentais, em alguns casos, podem vir a assumir características de regras ou de princípios, sem que isso interfira na sua nota de jusfundamentalidade.

Por outro lado, consoante análise de Ingo Wolfgang Sarlet, parece claro que a eficácia da norma de direito fundamental está intrinsecamente ligada à técnica de positivação utilizada – a estrutura do texto constitucional será fator decisivo para a apreciação da eficácia da norma cujo conteúdo o direito positivo agasalha.¹⁹⁶ Não pode haver dúvida de que normas positivadas sob fórmulas como, por exemplo: “não haverá penas de caráter perpétuo”, “os trabalhadores têm direito a repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” e “a saúde é direito de todos e dever do Estado” têm eficácias distintas.¹⁹⁷ Para Felipe Derbli, também é elemento importante para a verificação da eficácia dos direitos fundamentais a sua classificação em direitos de defesa

¹⁹⁴ OLSEN, 2008, p. 107. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet parece reconhecer que a maior parte das normas definidoras de direitos sociais fundamentais poderiam ser equiparadas a normas de cunho programático, visto que sua formulação excessivamente abstrata limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordens de legislar. Fornece como exemplos as normas dos arts. 6º; 7º, incisos II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os artigos 194, 196, 205 e 215, todos da Constituição Federal. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] ainda que se pudesse partir da premissa de que no momento em que a Constituição se utiliza da expressão ‘direito’ (art. 6º: ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...’ ou art. 7º, *caput*: ‘são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais...’), está, na verdade, positivando o direito fundamental como direito subjetivo, tal circunstância não teria o condão de elidir as dificuldades e a problemática delas decorrente, no que tange à possibilidade de reconhecer-se, diretamente com base na norma constitucional, um direito subjetivo a prestações para o titular.” SARLET, 2007a, p. 319.

¹⁹⁵ OLSEN, op. cit., p. 107.

¹⁹⁶ SARLET, 2007a, p. 268–272.

¹⁹⁷ Idem, p. 266, 271.

ou direitos prestacionais (em sentido amplo ou estrito) que, para o retrorreferido autor, apresentam diferentes modalidades de eficácia jurídica.¹⁹⁸

Ressalte-se, todavia, quer sejam direitos de defesa ou direitos a prestações, todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais possuem, em algum grau, eficácia jurídica – como também qualquer outro preceito constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade.¹⁹⁹ Não se pode acolher a opinião de que os direitos sociais prestacionais não são dotados de plena eficácia, em virtude da incidência de outros fatores na sua sindicabilidade, como a questão orçamentária. A diferença está, na verdade, nas modalidades de eficácia jurídica que cada norma definidora de direito fundamental exhibirá.²⁰⁰

A eficácia dos direitos fundamentais varia em graus, em proporção direta à densidade das normas que deles cuidam, manifestando-se tal gradação de acordo com as modalidades de eficácia jurídica que exibirem. Sobre isso, vale destacar a lição de Ana Paula de Barcellos ao classificar as modalidades de eficácia jurídica segundo a aptidão das normas para a produção dos efeitos pretendidos.²⁰¹

- a) *Simétrica ou positiva* – quando a norma gera direito subjetivo para o indivíduo, podendo esse direito ser exigido pela via judicial – existe, pois, identidade entre os efeitos pretendidos pela norma e aquilo que se pode exigir judicialmente;
- b) *Nulidade* – que se manifesta somente em juízo mediante a declaração de invalidade dos atos praticados em contrariedade à descrição contida na norma;
- c) *Ineficácia* – permite que sejam ignorados os atos praticados em desconformidade com a norma, desconsiderando-se os efeitos que tal ato pretendesse produzir (como ocorre, por exemplo, com as normas que dispõem sobre a fraude à execução);
- d) *Anulabilidade* – espécie de invalidade que também depende do reconhecimento judicial, mas possui, em geral, restrição temporal para tanto e está sempre condicionada à provocação de quem seja legitimado para suscitá-la, não podendo ser decretada de ofício;

¹⁹⁸ DERBLI, 2007, p. 116.

¹⁹⁹ SARLET, 2007a, p. 268.

²⁰⁰ Idem, p. 268 et seq.

²⁰¹ BARCELLOS, 2002, p. 59 et seq.

- e) *Negativa* – modalidade mais relacionada com as normas–princípios constitucionais. Autoriza a declaração de invalidade de todas as normas e de todos os atos contrários à finalidade pretendida pela norma em questão;
- f) *Penalidade* – é a aplicação de uma penalidade ao agente que viola o comando normativo. Conquanto seja incapaz de produzir o efeito pretendido pela norma, pode influenciar o indivíduo para que, diante da possibilidade de sofrer a sanção, motive-se a obedecer à norma;
- g) *Interpretativa* – significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. E mais, a norma assume o papel de vetor hermenêutico para a compreensão do sentido e do alcance das demais normas;
- h) *Outras* – por exemplo, a intervenção federal.

Ana Paula de Barcellos reconhece, ainda, outra modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais, a saber, a *vedativa do retrocesso*, visivelmente ligada aos direitos fundamentais – particularmente àqueles cuja concretização dependa de atuação do legislador –, que, em linhas gerais, permite a decretação da invalidade da revogação das normas que regulamentam a fruição de direitos fundamentais sem a fixação de política substitutiva ou equivalente.²⁰² Como se pretenderá demonstrar no próximo capítulo, não se trata de uma espécie de eficácia jurídica própria dos princípios constitucionais em geral, havendo, na verdade, um elemento finalístico que permite enxergar a proibição de retrocesso como um princípio constitucional por si mesmo.

Concernente aos direitos fundamentais de defesa (sejam ou não de cunho social), é correto afirmar que, porquanto incluídos no *status negativus*, são dotados de eficácia simétrica, conferindo ao seu titular direitos subjetivos plenamente justiciáveis. Tais direitos subjetivos, como mencionado, importam, em geral, abstenções do Estado e dos particulares, agrupando-se, segundo o pensamento de Robert Alexy, em três categorias: direitos ao não impedimento de ações pelo seu titular, direito à não afetação de propriedades e situações de seu titular e direitos à não eliminação de posições jurídicas.²⁰³ Dessa forma, os direitos de defesa são plenamente exigíveis em juízo, salvo

²⁰² BARCELLOS, 2002, p. 68–71.

²⁰³ ALEXY, 2007, p. 165–170.

quando, diante de uma impossibilidade fática da exigência de determinada abstenção, apresentarão a eficácia ligada à penalidade ao ensejar reparações por perdas e danos.

Por outro lado, dentre os direitos fundamentais de cunho prestacional, há que se fazer uma importante distinção. Os chamados direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento, como visto, são direitos que exibem o *status positivus libertatis*. Especificamente quanto aos primeiros, cuida-se de direitos que, muito embora demandem atuações comissivas do Estado, no sentido da disponibilização de prestações materiais, representam as chamadas condições de liberdade, cuja existência é necessária para assegurar o *status negativus* característico dos direitos de defesa.

Tais direitos, assim como os direitos prestacionais *stricto sensu* vinculados ao mínimo existencial, estes em razão da sua imbricação com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República Federativa do Brasil, cuja superioridade axiológica é hoje reconhecida pela maior parte da doutrina), terão sempre a eficácia positiva ou simétrica. Em outras palavras, os direitos fundamentais prestacionais que compõem o mínimo existencial (pelo menos a educação fundamental, a saúde básica e as atividades de assistência social aos desamparados) são plenamente sindicáveis em juízo. Os indivíduos são titulares desses direitos subjetivos, podendo exigir do Estado as prestações positivas necessárias à sua plena fruição, independentemente de qualquer arguição de indisponibilidade orçamentária ou de argumentos relacionados com as políticas socioeconômicas do Estado.²⁰⁴

Segundo pontifica Felipe Derbli, os demais direitos sociais prestacionais, que se incluem no *status positivus socialis*, dependerão, para a plena produção de seus efeitos, das circunstâncias socioeconômicas, principalmente pela existência de recursos orçamentários, pela forma como os mesmos devem ser despendidos e pela competência para determinar tal dispêndio, que normalmente dependem de concretização legislativa. Por tal razão, para o citado autor, vinculam-se ao que se convencionou chamar de *reserva do possível*.²⁰⁵

²⁰⁴ BARCELLOS, 2002, p. 201 et seq.

²⁰⁵ DERBLI, 2007, p. 124. *Contrario sensu*, Dirley da Cunha Júnior não concorda com o pensamento daqueles que sustentam que a eficácia dos direitos sociais fundamentais dependeria do limite fático da reserva do possível, pois sempre haveria um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida etc.), onde sua aplicação não estaria tão ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo. E acrescenta que os problemas de “caixa” não poderiam ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais fundamentais, pois para o mencionado jurista, imaginar que a realização desses direitos dependeria de “caixas cheias” do Estado significaria reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte, bem como uma desmedida contradição ao modelo do Estado do Bem-Estar Social. CUNHA JÚNIOR, 2007, p.

Impende salientar que as normas de direitos fundamentais prestacionais são, como as demais normas definidoras de direitos fundamentais, dotadas de aplicabilidade imediata. Para Felipe Derbli, embora não disponham, em geral, de eficácia simétrica (norma que atribui direito subjetivo ao indivíduo),²⁰⁶ os direitos sociais prestacionais possuem caráter vinculativo para o legislador, constituindo-se num dever jurídico *prima facie* ao ensejar, inclusive, a declaração judicial de inconstitucionalidade por omissão.²⁰⁷

Diferentemente do expendido no parágrafo anterior, anotam-se os argumentos esposados por Canotilho ancorado na ideia de que os direitos sociais e econômicos (direitos dos trabalhadores, direito à assistência social, direito à educação, direito à previdência social etc.), uma vez alcançado determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.²⁰⁸ O expoente publicista português assevera que os ***direitos sociais*** são compreendidos como ***autênticos direitos subjetivos*** inerentes ao espaço existencial do cidadão, ***independentemente*** da sua justicialidade e exequibilidade imediatas e fornece exemplos previstos na Constituição portuguesa tais como: o direito à segurança social (art. 63º), o direito à saúde (art. 64º), o direito à habitação (art. 65º), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66º), o direito à educação e cultura (art. 73º), o direito ao ensino (art. 74º), o direito à formação e criação cultural (art. 78º), o direito à cultura física e desporto (art. 79º), os quais, para Canotilho, “[...] são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições

418–419, 437. Em outra linha de argumentação, Ana Carolina Lopes Olsen leciona que a reserva do possível, como restrição aos direitos sociais fundamentais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade. E arremata ao consignar que diante da inevitável vinculação dos poderes públicos aos direitos sociais fundamentais, decorrente de sua dupla dimensão, objetiva e subjetiva, a alegação fornecida pelos poderes públicos de que não poderão cumprir o mandamento constitucional, visto que não há recursos materiais disponíveis para tanto deverá, ela própria, se sujeitar ao exame da proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo. OLSEN, 2008, p. 213–214.

²⁰⁶ ***Direito subjetivo*** implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses reconhecidos pela norma jurídica como próprios do respectivo titular, a isso agregando que os interesses abarcados na noção exposta se constituem em posições jurídicas que se qualificam tanto como *subjetivas, individuais, universais*, quanto, ainda, como *fundamentais*. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, existe ***direito subjetivo fundamental*** quando ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). SARLET, 2007a, p. 178.

²⁰⁷ DERBLI, 2007, p. 124.

²⁰⁸ CANOTILHO, 2003, p. 338–339. No mesmo sentido: QUEIROZ, 2006a, p. 90, 119; CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 415 – Dirley da Cunha Júnior sustenta que todos os direitos sociais fundamentais são direitos subjetivos ao gerarem imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, podendo ser exigidos desde logo.

jurídicas reentrantes no âmbito de proteção destes direitos (ex. saúde) – cf. Acs TC nº 39/84 e 101/92”.²⁰⁹

Em outra linha de argumentação, cabe menção ao pensamento de Robert Alexy, o qual formula escala de graus de normas de proteção proporcionados aos indivíduos pelos direitos sociais fundamentais que varia de 1 a 8 – a primeira delas corresponde a normas de direitos sociais que geram direitos subjetivos definitivos a prestações materiais, enquanto a última, a norma de proteção mais débil não vinculante, gera para o Estado mero dever objetivo *prima facie* de outorgar prestações materiais ao estar sujeita, pois, ao jogo da ponderação.²¹⁰

Prossegue Robert Alexy na construção de seu modelo de direitos sociais fundamentais ao fixar no entendimento de que os *direitos sociais fundamentais mínimos* (ou seja, os direitos sociais vinculados ao mínimo existencial e, por conseguinte, ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana) representam direitos subjetivos definitivos a prestações estatais, de plena justiciabilidade, uma vez que as normas que os preveem são aplicáveis como regras, seguindo-se a lógica do “tudo ou nada”. Os direitos sociais que extrapolam o mínimo existencial (ou direito ao mínimo vital reputado por Robert Alexy como, por exemplo, a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um padrão mínimo de assistência médica), por sua vez, corresponderiam a princípios cuja aplicação exige uma ponderação com os demais princípios envolvidos em cada caso concreto.²¹¹

²⁰⁹ CANOTILHO, 2003, p. 476. Nesse sentido, também é a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual reconhece os direitos sociais como direito subjetivo definitivo a prestações plenamente exigível pela via jurisdicional. Além disso, consigna que as objeções atreladas à **reserva do possível** não poderão prevalecer nesta hipótese ao serem exigíveis providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos. E arremata que a tese de que a reserva do possível **não** deve ser aceita como argumento para afastar a responsabilidade do Estado, seja por ação ou omissão, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37.

²¹⁰ ALEXY, 2007, p. 443–446. Robert Alexy preleciona que “[...] as normas adscritas às disposições de direito fundamental sob a denominação: ‘direitos sociais fundamentais’ são de um tipo muito variado. Desde o ponto de vista teórico–estrutural, tais normas podem dividir-se de acordo com três critérios. Em primeiro lugar, pode tratar-se de normas que conferem direitos *subjetivos* ou de normas que obrigam o Estado só *objetivamente*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou não vinculantes e, nesse sentido, ser enunciados programáticos. Uma norma será chamada ‘vinculante’, se for possível que sua vulneração seja declarada pelo Tribunal Constitucional Federal [Alemanha – nota nossa]. Em terceiro lugar, as normas podem fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, é dizer, podem ser regras ou princípios [...]” Idem, p. 444. Grifos no original. Tradução nossa.

²¹¹ Idem, p. 443 et seq., em especial a página 455.

A rigor, o pensamento de Robert Alexy é apenas em parte aplicável à realidade brasileira, pois como o próprio jurista assinala, a Lei Fundamental de Bonn não possui, ao contrário da Constituição brasileira de 1988, um catálogo de direitos sociais fundamentais expressamente previstos, razão pela qual, na Alemanha, discute-se a existência de direitos sociais fundamentais consagrados em princípios implícitos e vinculados aos direitos de liberdade e igualdade formal.²¹²

Com efeito, não há dúvida de que direitos sociais fundamentais relacionados com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana constam de regras constitucionais, pois o constituinte ao estabelecer que espécie de normas jurídicas disciplinaria tais direitos, certamente lhes reservou a eficácia simétrica ou positiva, de modo que pudessem ser plenamente sindicáveis, reservando a superação dessas normas a situações absolutamente excepcionais, cuja justificação demandaria fortíssima carga argumentativa.

É relevante destacar que o constituinte também disciplinou por meio de regras alguns direitos sociais fundamentais de cunho evidentemente prestacional, que não pertencem ao conceito de mínimo existencial. Reparem-se, por exemplo, os incisos XII e XXIV do art. 7º da Constituição de 1988, textualmente:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
XXIV – aposentadoria;

Note-se bem que, nas normas acima referidas, o elemento deôntico se traduz na descrição de condutas a serem seguidas pelo Estado, ou melhor, em prestações a serem cumpridas pelo poder público; logo, enquadram-se na categoria de *regras*. Especificamente no caso de aposentadoria, assinale-se que a sua disciplina constitucional, no que diz respeito à posição jurídico-subjetiva do trabalhador, é quase sempre prevista em regras – assim é que os parágrafos do art. 201 da CF/1988 são minuciosos na descrição dos requisitos de cumprimento necessário pelo segurado para a aquisição do direito subjetivo ao benefício previdenciário. É visível a diferença de forma de positividade adotada, por exemplo, no inciso XX do mesmo artigo 7º (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei), no qual, a toda evidência, o elemento deôntico é a promoção de uma determinada finalidade.

²¹² ALEXY, 2007, p. 384–385, 444.

Não se quer dizer, com isso, que os direitos fundamentais prestacionais previstos em regras constitucionais, ainda que não integrem o mínimo existencial, são sempre plenamente sindicáveis, independentemente de existência de lei regulamentadora. Repare, por exemplo, o benefício previdenciário de pensão por morte: ainda que a Constituição tivesse fixado, sob a forma de regra (art. 201, inciso V), o direito à percepção do benefício pelo cônjuge, companheiro(a) ou dependentes, fez-se necessária a regulamentação legal das condições para que alguém seja reconhecido como dependente (grau de parentesco com o segurado, idade, estado civil), da forma de repartição da pensão no caso de concurso de beneficiários etc. – e essa disciplina, de fato, coube à Lei nº 8.213, de 24/07/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios do regime geral da previdência social, administrado pelo INSS.

Por outro lado, é certo admitir que o legislador não poderia, por exemplo, excluir por lei o companheiro(a) do rol de possíveis beneficiários da pensão por morte de segurado do INSS, assim como não poderia prever a possibilidade de que o segurado destinasse a pensão a um amigo que jamais viveu sob a sua dependência econômica. Logo, vê-se que o âmbito de atuação do legislador (a quem a regra constitucional também se destina) é razoavelmente limitado, restando-lhe esfera de atuação mais reduzida.

Compare-se tal exemplo, então, com o art. 7º, inciso XXII, da Constituição, que assegura aos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Trata-se de um princípio constitucional que define um estado de coisas a ser alcançado, sem, no entanto, fixar conduta para os seus destinatários. Com isso, o legislador possui, claramente, maior espaço de atuação, de tal maneira que, na concretização da norma constitucional em epígrafe, terá maior liberdade para escolher os meios pelos quais disciplinará a redução de riscos inerentes ao trabalho – pode estabelecer disciplina cogente em lei, criar instâncias de controle das normas de segurança no trabalho, permitir aos empregados e empregadores a participação na formulação e implementação dessas normas etc.²¹³

Na verdade, a ilação obtida é a de que, ao prever determinados direitos sociais fundamentais mediante regras, o constituinte optou por reduzir a amplitude do poder de conformação do legislador ordinário quanto a eles. Nesses casos, não retirou totalmente do legislador ordinário a liberdade para ponderar razões e, assim, estabelecer a disciplina infraconstitucional – a diferença é que, em tais hipóteses, esta liberdade

²¹³ O tema é disciplinado nos artigos 154 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho.

foi reduzida, restringindo-se o âmbito de ponderação atribuído ao legislador. Quando os direitos sociais fundamentais, por outro lado, foram previstos em princípios constitucionais, abriu-se ao legislador maior espaço de ponderação, cabendo-lhe a seleção, num universo mais amplo, dos meios para atingir o desiderato constitucional. Todavia, a doutrina de Robert Alexy certamente se aplica aos princípios constitucionais que positivam direitos sociais fundamentais.

É conveniente asseverar ainda uma vez: a ponderação não se traduz em ineficácia, muito menos em ausência de aplicabilidade plena. Conforme afirmado, outras modalidades de eficácia jurídica se farão presentes mesmo quando direitos sociais fundamentais, embora sejam imbuídos de princípios constitucionais, não apresentem eficácia simétrica. E, além disso, o caso concreto poderá oferecer razões para que, mediante juízo de ponderação, se extraia diretamente de tais normas constitucionais até um direito definitivo a uma prestação social. Não existe, até aí, nenhuma diferença substancial relativamente aos direitos de liberdade.²¹⁴

Ressalva-se o seguinte: mesmo que se trate de princípios constitucionais, aqueles que definem direitos sociais fundamentais não deixam ao alvedrio do legislador escolher o momento em que os regulamentará, pelo contrário haverá em tais casos *imposições constitucionais concretas ou legiferantes*,²¹⁵ ainda que se lhe permita a escolha dos meios mais adequados para a concretização dessas normas constitucionais, tal tarefa de concretização se porá como um dever permanente e inescusável do legislador. Esta é uma das mais importantes distinções entre os princípios constitucionais definidores de direitos sociais fundamentais e as normas constitucionais programáticas, explanadas acima.²¹⁶

²¹⁴ ALEXY, 2007, p. 446–449.

²¹⁵ Segundo magistério de Canotilho, as imposições constitucionais podem ser entendidas como a tarefa de concretização das normas constitucionais, conferida não apenas ao legislador, mas a todos os órgãos constitucionais de direção política, incumbidos de planificar, fixar e executar os fins colimados pela Constituição seja por meio de leis, seja mediante a edição de regulamentos e outros atos do poder público. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 178–179.

Há que se distinguir, porém, as *imposições constitucionais* das *ordens de legislar*: estas, de acordo com Canotilho, esgotam-se num ato legislativo (ou numa sequência de atos) a serem praticados num determinado lapso temporal, ao passo que aquelas “[...] constituem diretivas, imposições ou ordens permanentes, impositivas de um esforço de atualização legiferante permanente a fim de se obter uma concretização ótima da lei fundamental”. E arremata ao consignar que essa concretização é um processo cotidiano, uma luta democrática permanentemente renovada na consecução dos fins e tarefas constitucionais. *Idem*, p. 303–304.

²¹⁶ Vale reiterar no que concerne às normas programáticas, na esteira do pensamento de Luís Roberto Barroso, o qual assinala que a tão só circunstância de uma norma constitucional demandar a integração em sede infraconstitucional não a torna programática, admitindo, pois, que haja normas cons-

Em conformidade com a lição de Felipe Derbli, os direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito que estão além do mínimo existencial poderão estar previstos em regras ou em princípios, de acordo com a técnica de positivação utilizada para cada um pelo constituinte. Nesse sentido, para o citado autor, as normas definidoras desses direitos fundamentais prestacionais influirão na atividade do legislador, impondo a invalidade dos atos normativos editados contrariamente à descrição de conduta presente em seu conteúdo, caso sejam regras, ou que colidam com seu sentido, se forem princípios.²¹⁷ Cumpre elucidar que em qualquer das hipóteses, também exibirão, em alguma medida, eficácia interpretativa ao servir como parâmetro de interpretação, aplicação, integração de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.²¹⁸

Registre-se que não poderia ser de outra forma, pois os direitos fundamentais sejam de defesa ou prestacionais, possuem a já referida *eficácia irradiante*, que se manifesta sob as modalidades de nulidade ou negativa e interpretativa, à medida que condicionarão a elaboração, a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional, tanto nas relações indivíduo–Estado como nas relações entre particulares.²¹⁹

A eficácia irradiante, portanto, vinculará o legislador, o qual deve atuar sempre com vistas na preservação e permanente promoção dos direitos fundamentais, dos valores constitucionais albergados nas normas que os definem.²²⁰ E é exatamente neste campo – especificamente no que diz respeito à concretização legislativa dos direitos sociais fundamentais – que o princípio da proibição de retrocesso social encontra terreno fértil para a sua aplicabilidade.²²¹

Sobre a existência de direito subjetivo capaz de autorizar o cidadão a demandar a satisfação judicial de algum direito social fundamental, Clèmerson Merlin Clève pontifica que há determinados direitos sociais fundamentais de caráter prestacio-

titucionais definidoras de direitos que ensejem a edição de lei regulamentadora. Como exemplo, o mencionado jurista cita a norma que confere ao trabalhador direito ao seguro-desemprego (art. 7º, II, da CF/1988), típica norma definidora de direito social que certamente requer a integração legislativa (o respectivo direito social está disciplinado nas Leis nº 7.998, de 11/01/1990; 8.019, de 11/04/1990; 8.900, de 30/06/1994 e a de nº 11.208, de 23/03/2001), completamente diferente, no que concerne à situação jurídica em que investe os indivíduos, da norma constitucional que estabelece que a família tenha proteção especial do Estado (art. 226, da CF/1988), esta, sim, uma norma programática. BARROSO, 2006, p. 118.

²¹⁷ DERBLI, 2007, p. 130.

²¹⁸ É o que se infere do expandido por Ana Paula de Barcellos. BARCELLOS, 2002, p. 80. Segundo a autora, revelam, ainda, eficácia *vedativa de retrocesso*, à medida que não se admite a mera supressão de sua concretização legislativa sem que o legislador providencie alguma compensação ou contrapartida, questão a ser enfrentada no próximo capítulo desta dissertação.

²¹⁹ DERBLI, 2007, p. 130. No mesmo sentido: SARLET, 2007a, p. 173–174, 407.

²²⁰ DERBLI, op. cit., p. 130–131.

²²¹ Idem, p. 131.

nal com dimensão subjetiva fraca e outros com dimensão subjetiva forte, visto envolver, segundo o citado jurista, *direitos prestacionais originários* e *direitos prestacionais derivados*.²²²

Consoante lição de Clèmerson Merlin Clève, os direitos prestacionais originários seriam aqueles que permitem de imediato ao intérprete encontrar na disposição constitucional uma dimensão subjetiva forte.²²³ Portanto, são direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, serem reclamados no Poder Judiciário. Outros, ao contrário, são direitos prestacionais derivados, pois na órbita constitucional, produzem uma dimensão subjetiva fraca que demanda atuação do legislador.²²⁴

No caso da Constituição Federal de 1988, são encontráveis de plano alguns direitos prestacionais originários. É o caso do direito à proteção dos portadores de necessidades especiais, que inclusive têm direito a perceber um salário se a sua família não é capaz de sustentar-se e se não tem uma determinada renda. Destaca-se, também, o ensino fundamental, que constitui direito público subjetivo por decisão do constituinte e, portanto, tendo escola ou não tendo escola, tendo orçamento ou não, é evidente que qualquer cidadão pode reclamar no Poder Judiciário a satisfação desse direito (os demais ciclos de estudo entram no campo dos direitos de eficácia progressiva). Da mesma forma, é o caso de certa dimensão do direito à proteção da saúde, concebida como direito prestacional originário na Constituição. Além desses exemplos, Clèmerson Merlin Clève menciona o direito previdenciário, direito à licença maternidade, em que este último o próprio Judiciário definiu que mesmo com a ausência de lei regulamentadora, a mãe tinha o direito à licença maternidade, que haveria eventualmente de ser satisfeita pelo empregador a expensas da previdência. Logo, têm-se aqui uma série de direitos prestacionais originários e, conforme leciona o referido autor, há um esforço doutrinário para incluir o direito ao mínimo existencial, como um direito prestacional originário, mas que na verdade pode ser prontamente deduzido da Constituição Federal de 1988.²²⁵

Acerca do gargalo evidenciado nos direitos prestacionais derivados, Clèmerson Merlin Clève aduz a necessidade de utilizar as ações coletivas, especialmente as ações civis públicas, visto que aqueles direitos (prestacionais derivados) são de

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 abril 2007. p. 5.

²²³ Idem, p. 5.

²²⁴ Idem, p. 5.

²²⁵ Idem, p. 5–6.

eficácia progressiva. É um expediente que busca compelir o poder público a adotar políticas públicas para, num universo temporal definido (cinco ou dez anos), resolver o problema da moradia, do acesso ao lazer, da educação etc. Nesse caso emerge o problema orçamentário. Todavia, cumpre compelir o Estado a contemplar no orçamento dotações específicas para tal finalidade, de modo que, num prazo determinado, resolver o problema do acesso do cidadão a esses direitos. Dessa forma, tratar-se-ia de compelir o poder público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias ao evitar, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades, bem como obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo. O papel do Ministério Público, neste particular, é da maior importância. Incumbe a ele, como defensor dos interesses da sociedade, fixar as medidas necessárias para a adoção, pelo Estado, das políticas públicas pautadas na realização dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais fundamentais de caráter prestacional. O controle da constitucionalidade das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, igualmente, pode ser suscitado pelo Ministério Público.²²⁶

3.7.1 A realização dos direitos sociais fundamentais e a reserva do possível

Em conformidade com o pensamento de Dirley da Cunha Júnior, o argumento de que a *reserva do possível* obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos *não se aplica* na vigente Constituição de 1988.²²⁷ Em princípio, cabe ao Poder Legislativo e Executivo a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos sociais fundamentais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos.²²⁸

Consoante lição de Ingo Wolfgang Sarlet, a assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “[...] encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a

²²⁶ CLÈVE, 2007, p. 6–7.

²²⁷ CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 437

²²⁸ Idem, p. 437–438.

*uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.*²²⁹

Paradigmática é a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 45, que enfrentou, com maestria, o tema referente à reserva do possível ao considerar que o Estado não pode invocá-la “[...] *com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*”. Confira-se:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à **“reserva do possível”** (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede **de efetivação e implementação** (sempre onerosas) dos direitos de **segunda** geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela **gradualidade** de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta **não se poderá** razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, **em tal hipótese**, mediante **indevida** manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa, **criar** obstáculo artificial **que revele** o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito **de** fraudar, **de** frustrar **e de** inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor **da** pessoa **e dos** cidadãos, de condições materiais **mínimas** de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da *“reserva do possível”*, **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível, **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se **do cumprimento** de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais **impregnados** de um sentido de essencial de fundamentalidade.²³⁰

Perfilha-se o entendimento de José Mastrodi que ao se posicionar sobre a questão da reserva do possível como expediente para tornar os direitos sociais fundamentais na dependência de recursos do orçamento com o fim de justificar a ausência de

²²⁹ SARLET, 2007a, p. 342.

²³⁰ A íntegra do voto está disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Consulta em 08.08.2008. Os grifos constam no original.

políticas públicas que, segundo ele, não deve ser considerado um argumento válido.²³¹ O autor leciona que a reserva do possível não é justificativa para negar ações sociais em países com economias classificadas entre as maiores do mundo, como é o caso do Brasil. Para ele, a reserva do possível é vista como pretexto para justificar a negativa de intervenção estatal em prioridades sociais. E arremata ao dizer que “[...] numa situação destas, isto não é uma reserva do possível, mas uma reserva da injustiça”.²³²

Em sentido contrário ao exposto acima, o expoente jurista lusitano Jorge Miranda sustenta que a efetivação dos direitos sociais não depende tão somente das normas constitucionais concernentes à organização econômica, mas também, e, sobretudo, dos próprios fatores econômicos, bem como dos “condicionalismos institucionais”, do modo de organização e funcionamento da administração pública e dos recursos financeiros.²³³ O aludido jurista aduz que

Não por acaso o art. 22 da Declaração Universal liga os direitos econômicos, sociais e culturais “ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo”. E a doutrina fala no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível, na subordinação da efetividade concreta a uma *reserva do possível* ou na raridade material do objeto da pretensão como limite real.²³⁴

Entretanto, com a devida licença ao respeitável jurista lusitano, é desarraizado o argumento da mera escassez de recursos financeiros utilizado com frequência pelos administradores públicos ao acarretar, portanto, a postergação da realização prática dos direitos sociais fundamentais.

Ademais, é preciso entender que o atual Estado Constitucional brasileiro possui como pressuposto essencial a realização de um Estado Orçamentário. Significa dizer que o equilíbrio entre receitas e despesas é normatizado pela própria Constituição, sendo o orçamento o instrumento de concretização desse ajuste. Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos sociais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos (notadamente os de cunho social) e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentários.

²³¹ MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 103.

²³² Idem, p. 103–104. André de Carvalho Ramos defende que o princípio do desenvolvimento progressivo no âmbito dos direitos sociais deve ser aplicado com parcimônia e restrições, já que em países, como o Brasil, o desenvolvimento é associado com políticas de concentração de renda, o que torna cada vez mais distante a efetivação daqueles direitos. E acrescenta, ainda, que o desenvolvimento progressivo dos direitos sociais e a escassez de recursos não podem mais escusar os Estados de serem responsabilizados pela não implementação de condições materiais mínimas para as suas populações. RAMOS, 2005, p. 234.

²³³ MIRANDA, 2000, p. 392.

²³⁴ Idem, p. 392. Grifo no original.

Santiago Sastre Ariza revela que na eficácia dos direitos sociais estão em jogo duas ideias importantes para o constitucionalismo moderno, ou seja, a força normativa da Constituição e a concepção dos direitos sociais como autênticos limites ao poder.²³⁵ A primeira, porque por figurar em constituições que operam como verdadeiras normas, os direitos sociais devem lograr o mesmo caráter preceptivo em relação aos demais enunciados constitucionais. A segunda, por serem direitos devem funcionar como obrigações para o Estado, ainda que o legislador disponha de uma enorme liberdade para ajustar-se a eles (aos direitos sociais), mas não por isso eles deixam de apresentar como limites ou imposições dirigidos ao legislador, pois isso é a vontade do Constituinte.²³⁶

3.8 A natureza cláusula pétrea dos direitos sociais fundamentais

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco apontam a existência de polémica em saber se além dos direitos e garantias individuais, expressamente referidos no art. 60, § 4º da Constituição Federal, também os direitos sociais estariam igualmente protegidos como cláusula pétrea. De um lado, segundo eles, há os que negam a participação dos direitos sociais no rol dos limites materiais do poder de reforma com o argumento que aquele dispositivo da Lei Fundamental fala em “direitos e garantias individuais” e não em direitos fundamentais, gênero do qual

²³⁵ ARIZA, 2001, p. 267.

²³⁶ Idem, p. 267. É necessário dizer que os direitos sociais não são fórmulas vazias que permitem qualquer atividade do legislador, uma vez que devem ter algum conteúdo que proteger ao evitar, portanto, lesão, supressão ou retrocesso de algum destes direitos. Neste sentido, com razão escreve Luis Prieto Sanchís que “los derechos prestacionales gozan de un núcleo indisponible significa que, al menos, algunas prestaciones representan auténticos derechos fundamentales; es decir, pretensiones subjetivas jurídicamente reconocibles con independencia de la mayoría política”. Luis Prieto Sanchís refere-se aos direitos sociais como direitos prestacionais apenas os bens ou serviços econômicos avaliáveis como, por exemplo, subsídios de desemprego, de enfermidade ou velhice; saúde; educação; moradia etc. Segundo este jurista espanhol, há direitos sociais que carecem de conteúdo prestacional como o direito à greve ou à liberdade sindical, salvo se for interpretado que a tutela pública destas liberdades constitui uma prestação. Por sua vez, direitos sociais que requereriam algum tipo de intervenção pública, mas que não poderiam qualificar-se exatamente de prestacionais seriam, por exemplo, todos os que expressassem restrições à autonomia individual no contrato de trabalho como a limitação da jornada, salário mínimo ou férias anuais. Ainda, para o expoente jurista, se incluísse a defesa jurídica ou a proteção administrativa, todos os direitos fundamentais mereceriam chamar-se prestacionais, visto que todos eles exigiriam em maior ou menor medida uma organização estatal que permitiria seu exercício ou que os defenderia contra as intromissões ilegítimas ou, também, nas formas de participação política; desde a tutela judicial efetiva ao direito de votar, todos requereriam dessas prestações em sentido amplo. SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: CARBONELL, Miguel; PARCERO, Juan Antonio Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: UNAM, 2000. p. 21–22, 58.

tanto os direitos individuais como os direitos sociais seriam espécies. Se o inciso IV do § 4º do art. 60 não aludiu a direitos sociais, não os terá acolhido como especialmente protegidos, pois essa teria sido uma opção do constituinte ao atentar à diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais, visto que estes últimos, por serem direitos a prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser afirmados como imodificáveis.²³⁷

De outro lado, consoante lição dos multicitados juristas, os quais arguem que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. Segundo eles, no Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título ao exprimir-se no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Para os autores, tudo isso indica que os direitos sociais fundamentais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado Democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser reputados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma lacuna de formulação, devendo-se ali ler os direitos sociais ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.²³⁸

Não é diferente a posição de Ana Cristina Costa Meireles, segundo a qual ao se analisar os princípios fundamentais constantes no Título I da Constituição de 1988 e ao se observar que os direitos sociais recebem no direito constitucional pátrio uma garantia tão elevada e reforçada; logo, torna-se legítima a sua inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais.²³⁹

Paulo Bonavides elucida que uma vez introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60 da CF/1988, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali fixados não abrange apenas

²³⁷ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 214.

²³⁸ Idem, p. 214–215.

²³⁹ MEIRELES, 2007, p. 101.

o teor material dos direitos de primeira “geração” ou dimensão, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.²⁴⁰

Por outro lado, ainda que se questionasse sobre a terminologia utilizada pelo constituinte – *direitos e garantias individuais* – constatar-se-ia que não teria a linguagem adotada o condão de limitar a norma do inciso IV do § 4º do art. 60 da CF/1988 aos direitos inseridos no art. 5º. É o que salienta Paulo Bonavides, *in verbis*:

[...] **não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais.** No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado Social de Direito. É por essa ótica – a dignidade da pessoa humana – que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.²⁴¹

Ingo Wolfgang Sarlet assinala que todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira, mesmo os que não integram o Título II, são verdadeiramente direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva, pois é o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria etc. Além disso, lembra que o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da CF/1988), embora seja considerado como direito da terceira dimensão, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois eventual dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quan-

²⁴⁰ BONAVIDES, 2004, p. 640–641. No mesmo sentido é a posição de Rodrigo Brandão ao salientar que a Constituição de 1988 conferiu o *status* de cláusulas pétreas aos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, sejam eles direitos de defesa ou prestacionais. Isso porque, para Rodrigo Brandão, o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º da CF/1988), bem como na sua proteção reforçada quanto à ação erosiva do constituinte reformador, caracteriza-se pela unicidade. Segundo o citado autor, ao se fazer uma leitura sistêmica da Constituição brasileira não é possível verificar uma hierarquia jurídica ou mesma axiológica entre direitos de defesa e direitos prestacionais ou, ainda, de direitos de uma dimensão em prejuízo das demais. E arremata ao afirmar que se percebe “uma fina sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e da interdependência das ‘gerações’ ou dimensões de direitos fundamentais, a qual vem gozando de primazia no direito internacional dos direitos humanos”. BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 463–464.

²⁴¹ BONAVIDES, op. cit., p. 642–643. Grifo nosso.

tificável e delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado. E arremata que os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição brasileira incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos de nacionalidade e cidadania (direitos políticos).²⁴²

Ante o princípio da unidade da Constituição e da Nova Hermenêutica que se inaugura no panorama do Estado Social, entre distintas possibilidades interpretativas, há que se eleger aquela que elimina contradições e afiança a unidade do sistema.²⁴³

A Constituição deixa claro tratar-se o Estado brasileiro de um Estado Democrático e Social de Direito, o que revela a íntima vinculação dos direitos sociais fundamentais com a concepção acolhida na Constituição brasileira.²⁴⁴

Ademais, com o Estado Social, a vedação do retrocesso social assume uma feição peculiar, visto que uma de suas vertentes é a não eliminação de normas jurídicas que representem avanço social.

Ana Cristina Costa Meireles destaca que no preâmbulo da Constituição Federal há referência de que a garantia dos direitos individuais e sociais, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça – como valores supremos – constitui objetivo permanente do Estado brasileiro. Tal previsão, segundo a citada autora, há de iluminar toda a interpretação constitucional e servir de bússola na verificação de que valores devem nortear o jurista no caso de dúvida sobre que rumo seguir na sua tarefa hermenêutica.²⁴⁵

Assim, ainda que a intenção do legislador tivesse sido a de abarcar apenas os direitos do art. 5º no inciso IV do art. 60 da CF/1988, o moderno contexto social pátrio, a crença da necessidade de implantação e reforço de um Estado Social induz a concluir que, também, os direitos sociais do Capítulo II – e, portanto, os direitos enunciados no art. 6º da CF/1988 – usufruem da proteção ali inserida. Só esta interpretação poderá se adaptar à realidade e às necessidades atuais.²⁴⁶

Portanto, os direitos sociais constituem imposições do princípio da socialidade (ou princípio social) na configuração da comunidade política; correspondem à escolha constituinte de um Estado e de uma sociedade ativamente comprometidos com a efetivação da democracia social – em outras palavras, com a igualdade material – e,

²⁴² SARLET, 2007a, p. 433.

²⁴³ Nesse sentido: SARLET, 2007a, p. 432, 435; MEIRELES, 2007, p. 101–102; BONAVIDES, 2004, p. 641.

²⁴⁴ MEIRELES, op. cit., p. 102.

²⁴⁵ Idem, p. 102.

²⁴⁶ Idem, p. 103.

nesta medida, não podem ser suprimidos ou reduzidos por meio de reforma constitucional, compreendendo, então, verdadeira cláusula pétrea.

3.9 O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia das normas definidoras de direitos sociais fundamentais. Alcance do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição Federal: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Essa previsão consiste impor aos poderes públicos a incumbência da tarefa e do dever de extrair das normas que os consagram (de todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo, como os constantes do título II, da CF/1988), a maior eficácia possível outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. Assim, de acordo com o citado jurista, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico–normativa, percebe-se que o art. 5º, § 1º da Constituição Federal constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade a de ressaltar a sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.²⁴⁷

Nesse sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, não pretendeu excluir do âmbito do art. 5º, § 1º da CF/1988, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa.²⁴⁸ A Consti-

²⁴⁷ SARLET, 2007a, p. 285–286.

²⁴⁸ Nesse sentido: ANDRADE, 2004, p. 392. Em sentido diverso, tem-se a posição de Jorge Miranda ao lecionar que os direitos econômicos, sociais e culturais são, em parte, suscetíveis de beneficiar de regras homólogas das regras formuladas para os direitos, liberdades e garantias, por modelação de princípios gerais do ordenamento jurídico. E assevera que “[...] ao tempo da entrada em vigor das

tuição brasileira não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.²⁴⁹

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que no capítulo reservado aos direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988 foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade como, por exemplo, o direito de livre associação sindical (art. 8º, CF/1988) e do direito de greve (art. 9º, CF/1988), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável e que, também, é extensiva a diversos direitos dos trabalhadores relacionados no art. 7º e seus respectivos incisos.²⁵⁰ Por esses motivos, pode-se endossar, conforme averiguado na doutrina,²⁵¹ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º da CF/1988) de todos os direitos fundamentais constantes do catálogo (arts. 5º a 17 da CF/1988), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

O ínclito jurista supracitado, em profícua análise, argumenta que os direitos fundamentais a prestação (que têm por objeto uma conduta positiva pelo destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa) são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º da CF/1988. À luz das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa no âmbito da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos ao serem, nesta aptidão,

normas constitucionais já se verificarem os pressupostos - econômicos, financeiros, institucionais - da efetivação, tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (mesmo se o reconhecimento desses pressupostos e, por vezes, a determinação ou determinabilidade das normas exigem uma intervenção do legislador". MIRANDA, 2000, p. 384.

²⁴⁹ SARLET, 2007a, p. 275.

²⁵⁰ Idem, p. 275.

²⁵¹ DERBLI, 2007, p. 124; MEIRELES, 2007, p. 236; CLÈVE, 2007, p. 4; GRAU, 2005, p. 326; BARROSO, 2006, p. 105, 139-140. Nessa última obra citada, na página 139, Luís Roberto Barroso firma enfaticamente o entendimento de que "[...] As disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior. Conquanto isto pareça uma obviedade, tem sido ela tão longamente negligenciada que diversas Constituições modernas se viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais". **Em sentido contrário**, registre-se a opinião de André Ramos Tavares ao aduzir que não há como pretender a aplicação imediata, irrestrita, em sua integralidade, de direitos não definidos de maneira adequada no texto constitucional, visto que sua incidência ou estrutura ficam claramente a depender de integração por meio de lei. TAVARES, 2006, p. 440.

direta e imediatamente aplicáveis, empregando a eles a regra geral, visto que não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.²⁵²

Impende informar, na esteira do pensamento de Dirley da Cunha Júnior, que a aplicação direta dos direitos fundamentais, compreendendo todos os que se encontram positivados no texto político fundamental, não significa apenas que se aplicam independentemente da intervenção legislativa, mas também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição Federal.²⁵³

Dirley da Cunha Júnior destaca a literatura jurídica alemã, onde se aprende, mormente do pensamento de Friedrich Müller, que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais revela que esses direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em virtude de sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.²⁵⁴

Destacam-se, ainda, os escólios de expoentes autores nacionais como Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, os quais enfrentam o tema com acuidade ao defenderem a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Segundo Eros Roberto Grau,

[...] Resumindo tudo o quanto até este ponto exposto, temos que a aplicação do direito supõe a tomada de uma decisão pela sua execução (efetividade). Tratando-se de direito ou garantia dotados de aplicação imediata, a aplicação da norma que os defina supõe decisão pela sua pronta exequibilidade (efetividade).

Se essa decisão é negada pela Administração ou pelos particulares, cumpre ao Judiciário, a isso provocado, provê-la, chegando ao ponto de, quando isso se impuser, integrar o ordenamento jurídico, produzindo – e não somente reproduzindo – direito.

[...] o preceito inscrito no § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 afirma a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso significa que tais normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas.²⁵⁵

²⁵² SARLET, 2007a, p. 297.

²⁵³ CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 399.

²⁵⁴ Idem, p. 401.

²⁵⁵ GRAU, 2005, p. 322, 326.

Flávia Piovesan consigna que o princípio da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais realça a força normativa que eles detêm, prevendo tal princípio um regime jurídico específico endereçado a todos os preceitos constitucionais referentes aos direitos fundamentais.²⁵⁶ Para ela, cabe aos poderes públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental, visto que o princípio objetiva assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de feição fundamental, isto é, ele tem como escopo tornar os referidos direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁵⁷

De acordo com Luís Roberto Barroso, as disposições constitucionais são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, a produzir efeitos concretos independentemente de ulterior regramento.²⁵⁸ E ressalta que

[...] quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.²⁵⁹

Segundo o preclaro jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade, o princípio da aplicabilidade imediata torna impossível sustentar que os direitos fundamentais só possam ter real existência jurídica por força de lei ou que valem apenas com o conteúdo que por estas lhe é dado “[...] porque a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito”.²⁶⁰

Além disso, José Carlos Vieira de Andrade ao discorrer acerca do significado do princípio da aplicabilidade direta, à luz da Constituição portuguesa, uma vez que esteja limitado tão somente aos direitos, liberdades e garantias, salienta que tal princípio apresenta como efeitos práticos: (1) a retirada do ordenamento jurídico de qualquer norma legal que ofenda o conteúdo de um preceito constitucional relacionado a um direito fundamental; (2) em virtude do princípio da superioridade normativa da Constituição, a obrigatoriedade dos poderes públicos, ao interpretarem as leis, fazerem-no

²⁵⁶ PIOVESAN, 2006, p. 35.

²⁵⁷ Idem, p. 35–36.

²⁵⁸ BARROSO, 2006, p. 139.

²⁵⁹ Idem, p. 139–140.

²⁶⁰ ANDRADE, 2004, p. 206.

em conformidade com os direitos fundamentais; (3) ante a falta ou insuficiência da lei, os juízes e demais operadores jurídicos devem aplicar os preceitos constitucionais, estando autorizados a concretizarem-nos por via interpretativa (lembra que as formulações vagas e abertas não são óbice para concretização constitucional, visto que o juiz é naturalmente a entidade adequada para determinar o sentido dos conceitos imprecisos contidos nas normas jurídicas).²⁶¹

No entanto, o retrorreferido jurista lusitano distingue os direitos que não necessitam de intervenção legislativa quando se trate de direitos à abstenção do Estado (na parte em que se exige dos poderes públicos o respeito por determinados bens pessoais ou pela esfera de liberdade dos particulares ou no cumprimento de certas regras nas atuações públicas). Nesse caso, há aplicabilidade direta e exequibilidade²⁶² imediata. Reputa situação abstrusa no que concerne aos direitos cujo exercício efetivo esteja dependente de uma regulamentação complementar, de uma organização ou de um procedimento (por exemplo, os direitos políticos, os direitos processuais, alguns aspectos de liberdade – liberdade de circulação de automóvel, liberdade de ensino privado) quando, então, a aplicabilidade direta não seria equivalente à exequibilidade imediata.²⁶³ O citado jurista lusitano elucida que, nessas hipóteses, os preceitos respectivos não são imediatamente exequíveis, pois dependem da intervenção do Estado, “[...] *designadamente de uma atuação legislativa que regule o domínio da vida em questão ou organize o procedimento e os meios da ação pública*”.²⁶⁴

Ademais, assevera José Carlos Vieira de Andrade, a inexistência de exequibilidade imediata não significa a inexistência de aplicabilidade direta e esta existe, sim, e reside na circunstância de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação e a produção das demais atuações necessárias ao exercício dos direitos.²⁶⁵

Contudo, mesmo que não existisse legislação, mas com base no caráter diretamente aplicável dos preceitos constitucionais, o retrorreferido jurista português entende que o juiz poderia declarar a existência, o conteúdo e os limites do direito individual ao admitir até mesmo a condenação concreta do “*Estado à prática do ato omitido*

²⁶¹ ANDRADE, 2004, p. 206–209.

²⁶² Segundo André Ramos Tavares, lastreado na doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, uma norma é exequível (ou na terminologia mais exata do autor, *norma exequível por si só*) é aquela que independe da existência de qualquer complementação para a sua aplicação. É uma norma completa. TAVARES, 2006, p. 90–91.

²⁶³ ANDRADE, op. cit., p. 208, 210.

²⁶⁴ Idem, p. 210.

²⁶⁵ Idem, p. 210.

indispensável à plena realização desse direito ou ao pagamento da indenização eventualmente devida pelos danos causados pela omissão ilegítima e culposa.²⁶⁶

Registre-se que José Carlos Vieira de Andrade, no âmbito do ordenamento constitucional português, opina que isso não acontece da mesma maneira com os direitos sociais, os quais por serem de baixa densidade normativa e não pela sua falta de justiciabilidade que se distinguem dos direitos, liberdades e garantias.²⁶⁷

Canotilho sustenta que os preceitos que versam acerca dos direitos, liberdades e garantias ao comentar o art. 18º/1 da CRP são normas de aplicação direta mesmo na ausência de lei. E destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

a rejeição da “ideia criacionista” conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Nesse sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época atual, se assistia à deslocação da doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*.²⁶⁸

O mencionado jurista arremata ao afirmar que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal – os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intervenção legislativa, implicando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.²⁶⁹

Noticia-se o entendimento sustentado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao qualificar a norma contida no § 1º do art. 5º da CF/1988 como destituída de qualquer conteúdo, pois não poderia atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais, para o mencionado jurista, só teriam aplicação imediata se as normas que os definissem fossem completas na sua hipótese e no seu dispositivo, ou seja, quando a condição de seu mandamento não possuísse lacuna e quando esse mandamento fosse claro e determinado.²⁷⁰ Uma pergunta se faz: para que foi ali inserida, então? É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao

²⁶⁶ ANDRADE, 2004, p. 211.

²⁶⁷ Idem, p. 211.

²⁶⁸ CANOTILHO, 2003, p. 1178. Grifos no original. No sentido esposado por Canotilho, tem-se a lapidar lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco que entendem que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 241.

²⁶⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1179.

²⁷⁰ FERREIRA FILHO, 2006, p. 102.

dispositivo em comento ao recusar-lhe o regime jurídico reforçado que o constituinte reservou para ele.

A opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *data maxima venia*, induz a confusão entre texto e norma jurídica, esquecendo-se que esta resulta da interpretação necessariamente transformadora que o aplicador do Direito deve ter ao se deparar com aquele.

Além disso, tal posicionamento desatende ao princípio da máxima efetividade – um dos princípios instrumentais de interpretação constitucional – que prestigia uma interpretação que extraia das normas constitucionais, de acordo com Dirley da Cunha Júnior, o sentido que lhe atribua maior efetividade possível, visando otimizar ou maximizar a norma constitucional para dela extrair todas as suas potencialidades.²⁷¹ Tal princípio se traduz na preservação da carga material que cada norma constitucional possui e que deve prevalecer, não sendo aceitável sua nulificação nem que parcial.²⁷²

Registre-se o profícuo ensino de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, segundo os quais os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Para eles, não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º da CF/1988 autoriza que os aplicadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.²⁷³

Na esteira do escólio de Dirley da Cunha Júnior, ao considerar o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º da Constituição Federal (a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 intencionava evitar que os direitos fundamentais ficassem ao alvedrio do legislador infraconstitucional), e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firma-se a posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas de direitos fundamentais ao abranger, inclusive, as normas de direitos sociais fundamentais, independentemente de qualquer interposição legislativa, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação

²⁷¹ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 217.

²⁷² BASTOS, 1999, p. 105–106.

²⁷³ MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 242.

imediate de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora ao assegurar, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.²⁷⁴ Além disso, em reforço aos argumentos expendidos, cumpre-se anotar que, com base em Peter Häberle²⁷⁵ – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais (abarcando, também, os direitos sociais) impõe que a interpretação do art. 5º, § 1º seja no sentido de aplicabilidade direta desses direitos.

No Estado Constitucional os direitos sociais integram os direitos fundamentais, de modo que sua implementação ou efetivação pode ocorrer mesmo na ausência de uma interposição legislativa. O Supremo Tribunal Federal tem sinalizado nesta direção ao reconhecer, em diversas oportunidades,²⁷⁶ a omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção de preceitos constitucionais.

Logo, no Mandado de Injunção 712–PA, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, o STF inaugurou nova fase de sua jurisprudência, porquanto concedeu a injunção para determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89,²⁷⁷ no que couber, à situação da omissão legislativa no regramento do direito de greve dos servidores públicos. O exercício do direito social de greve está afirmado no art. 9º da Constituição Federal ao preceituar que *“é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”*.²⁷⁸

²⁷⁴ CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 610–611.

²⁷⁵ Para Peter Häberle, a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas da interpretação. Para o autor alemão, a interpretação constitucional não pode ficar retida a uma sociedade fechada, pois não é um evento exclusivamente estatal. O juiz constitucional já não interpreta sozinho a Constituição, embora subsista a responsabilidade da jurisdição constitucional que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13–14. Conforme lição de Paulo Bonavides, Peter Häberle enfatiza o pluralismo metódico, a posição do intérprete dos direitos fundamentais que orienta os resultados hermenêuticos para a razão e a justiça ou para o bem comum, fazendo, assim, da interpretação constitucional a mola de concretização atualizadora desse bem. BONAVIDES, 2004, p. 598.

²⁷⁶ MI nº 20/DF, MI nº 342/SP, MI nº 721/DF e MI nº 788/DF.

²⁷⁷ A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, dispõe sobre o exercício do direito de greve (dos trabalhadores em geral), define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

²⁷⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontificam sobre a necessidade de articular teorias que permitam conceber os direitos sociais, não como direitos meramente retóricos, mas sim

O voto do relator, Ministro Eros Grau, inovou de maneira positiva em nosso ordenamento ao conferir efeitos para além do caso concreto, regularizando o direito de greve no serviço público independentemente da necessidade de uma interposição legislativa.²⁷⁹ Cumpre destacar excertos do lapidar voto do Ministro supramencionado:

[...] Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.

A greve, *poder de fato*, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.

A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê *limitação* do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.

[...] O argumento de que a Corte estaria então a legislar — o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] — é insubsistente.

O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico.

No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado neste voto.²⁸⁰

como direitos possíveis, superando a concepção do Estado Liberal, que privilegiava apenas os direitos negativos”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009. p. 197.

²⁷⁹ O STF, em sessão plenária de 25 de outubro de 2007, por maioria dos Ministros, nos termos do voto do Ministro Relator Eros Grau, conheceu do Mandado de Injunção e propôs, portanto, a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712-PA. Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei Federal nº 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário no Estado do Pará (SINJEP). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 31.10.2008. Íntegra disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Ao concluir este capítulo defende-se que toda norma constitucional é dotada de eficácia, incluindo as normas constitucionais que consagram direitos sociais. Essas normas devem ser interpretadas no sentido de garantir-lhes a plena eficácia e aplicabilidade imediata, independentemente da necessidade de interposição legislativa. Caso seja dado maior valor à legislação infraconstitucional do que à própria norma constitucional que define direitos sociais fundamentais – sob o risco de retirar-lhes sua normatividade constitucional – pode revelar, sem dúvida, falta de razoabilidade e destituir estes direitos positivados na Constituição de qualquer sentido.

Além disso, os direitos sociais não são normas programáticas, pois impõem ao Estado o dever de modificar a realidade social e de reduzir as desigualdades. Ao considerar os direitos sociais como programas pode conduzir, na prática, à falta de efetividade da Constituição. E mais, deve-se atribuir aos direitos sociais o *status* de direitos fundamentais que o próprio Poder Constituinte conferiu a eles. Logo, não se trata de direitos que possam ser reduzidos a promessas vazias, sem qualquer tipo de força vinculativa para os poderes públicos, para toda a sociedade civil e para o cidadão, individualmente considerado.

CAPÍTULO 4

SEGURANÇA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Este capítulo tenciona examinar a segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social que constituem instrumentos de eficácia dos direitos sociais fundamentais, pois esta somente é possível em um contexto de segurança jurídica na qual os direitos sociais possuem capacidade de resistência a alterações normativas que visam à sua aniquilação, redução ou retrocesso

O direito justifica-se, em grande parte, como instrumento pensado e elaborado exatamente para que os homens sintam-se seguros nas relações havidas com os outros na *pólis*.

Então, concernente à segurança jurídica é preciso ser mais bem explicitada no direito público, visto que seu conteúdo (segurança jurídica) marca como pressuposto a perfeita compreensão de outros institutos jurídicos como, por exemplo, do princípio da proibição de retrocesso social e, além disso, converge para a aplicação das normas que se voltam à finalidade a que destina o direito.

A segurança jurídica é revelada como direito nos textos constitucionais, e mesmo nos Estados onde ela não se evidencia, não há quem lhe negue a condição de necessário direito que fundamenta ou define os atos, seus efeitos e seus atributos, máxime em se tratando de práticas estatais. Logo, direito e segurança andam juntos. É indubitável que o direito coloca-se para dar segurança, pois, a fim de ter insegurança o direito não é necessário.

Assim, feitos esses esclarecimentos iniciais, a segurança jurídica corresponde à primeira parte deste capítulo.

A segunda parte do capítulo tem por objeto o princípio da vedação ou proibição de retrocesso social. Trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente a regulamentação legal de direitos sociais fundamentais, salvo se houver o estabelecimento de disciplina substitutiva ou compensatória, e abrange, também, a proibição de supressão ou redução arbitrária do nível de concretização legislativa da referida categoria de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 inaugurou um Estado Democrático e Social de Direito, vocacionado para a progressiva consecução de um projeto de igualdade material e que impõe o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos com vistas na sua máxima efetividade (art. 5º, § 1º) ou mesmo em razão da sua força normativa.

Além disso, a Lei Maior posicionou o Estado como ícone central na realização da justiça social, encarregado na promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas com vistas na gradual eliminação das desigualdades. Pode-se afirmar que a Constituição estabelece para o poder público um padrão de justiça social a ser alcançado.

Não se pretende exaurir o estudo do princípio da proibição de retrocesso social neste capítulo. Objetiva-se oferecer um contributo para a construção doutrinária e jurisprudencial, embora o princípio em comento careça de estudos sistematizados – seu exame é rarefeito na literatura jurídica brasileira –, sem prejuízo das elogiáveis incursões já realizadas. Entretanto, apesar de ter existido dificuldades na elaboração deste capítulo, serviu de estímulo à pesquisa e, afinal, confirmou a necessidade de sua realização.

4.1 Segurança jurídica no Estado de Direito

O conceito do que seja o Estado de Direito ou suas variantes histórico-filosóficas – Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito, Estado de Justiça de Direito – não é apreensível de forma singela.¹

O Estado de Direito corresponde à norma expressa do texto constitucional,² de índole principiológica, ou seja, possui um caráter imediatamente finalístico. O Estado de Direito, todavia, deve ser compreendido como um *sobreprincípio* (veja definição esboçada no primeiro capítulo, item 1.3), dada a amplitude das suas finalidades, bem como pelo fato de que coliga e é fundamentado por uma variada série de outros princípios (subprincípios), dotados de fins menos amplos.³

Ao se fazer uma análise de algumas das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que mencionam como fundamento o sobreprincípio do Estado de

¹ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 40.

² Art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.

³ MAFFINI, op. cit., p. 41.

Direito, pode-se chegar a algumas conclusões aproximadas do que seja seu conteúdo jurídico. A primeira delas, aliás, surpreendente, consiste no fato de que não são muitas as decisões que, de forma direta, são fundamentadas com argumentos pertinentes ao Estado de Direito. A outra conclusão que se afigura perceptível é a de que Estado de Direito é um conceito que, como não poderia deixar de ser, é utilizado em diversos sentidos e para o deslinde de variadas questões.

Desta forma, para que se faça uma aproximação do que vem a ser o Estado de Direito, torna-se indispensável que sejam colocadas em evidência as principais decisões exaradas pelo STF, sob o argumento de aplicação direta do referido sobreprincípio. Antes de tudo, entretanto, deve-se considerar que existem inúmeras outras decisões que também seriam fundamentadas na noção de Estado de Direito, que não as referidas neste estudo, porquanto não o fazem de modo direto, mas reflexamente.

Num primeiro grupo de julgados, o Estado de Direito é utilizado no sentido de que todo o Estado, em qualquer de suas feições ou funções, deve submissão à ordem jurídica – constitucional e infraconstitucional – por ele mesmo criada.⁴ Relaciona-se, assim, o Estado de Direito com uma noção ampla de legalidade. Nesse sentido, por exemplo, o sobreprincípio do Estado de Direito foi utilizado como fundamento para a ampliação dos temas constitucionais sindicáveis pelo próprio STF. Além disso, também no sentido de submissão de todo o aparato estatal à ordem jurídico-constitucional, o Supremo Tribunal Federal aplainou os poderes instrutórios e investigatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito, dada a sua necessária sujeição aos preceitos constitucionais.⁵ Do mesmo modo, decidiu-se, em sede de *habeas corpus*, que ninguém poderia ser obrigado ao cumprimento de ordens ilegais, mesmo quando oriundas de autoridades judiciais, com o conseqüente dever de oposição a ordens ilegais, sob pena de ferimento ao Estado de Direito.⁶

Em razão de tal submissão do Estado à ordem jurídica, é possível vislumbrar um segundo grupo de decisões exaradas pelo STF, o qual, é importante salientar, guarda óbvia imanência com as decisões referidas. Consistem em julgados pelos quais se decidiu, em razão da noção de Estado de Direito, pela submissão dos órgãos estatais aos mais variados modos de controle, seja no que tange ao dever de submissão ao con-

⁴ RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30.04.1996; RE 154.159, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10.06.1996; RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 20.08.1996; RE 252.245, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 14.11.2000; RE 242.064, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14.11.2000; RE 247.262, Rel. Marco Aurélio, julgado em 13.02.2001.

⁵ MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 16.09.1999; MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 26.09.2001.

⁶ HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 22.04.1996.

trole jurisdicional das atividades estatais,⁷ seja no que tange ao dever de responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros.⁸ Além disso, o STF também se valeu do sobreprincípio do Estado de Direito como fundamento da divisão dos poderes (funções estatais), quando julgou inconstitucional lei estadual que atribuía a membro de Assembleia Legislativa poderes individuais de controle sobre a Administração Pública estadual, dada a natureza colegiada do controle legislativo da Administração Pública, tal como preconizada pelo texto da Constituição Federal.⁹

Também se encontram julgados na jurisprudência da Corte Constitucional que relacionam o conceito de Estado de Direito com a previsão e a efetivação de direitos e garantias fundamentais.¹⁰ Isso ocorreu, por exemplo, em decisão que, com fundamento no direito fundamental à igualdade,¹¹ julgou inconstitucional regra que concedia privilégios processuais descabidos em favor da Fazenda Pública. Também se decidiu que o Estado de Direito induziria à garantia fundamental do juiz natural.¹² Ademais, entendeu-se que o Estado de Direito prestar-se-ia de fundamento para a liberdade de associação e de dissociação, com a observância da área de um município como base territorial mínima.¹³

Por fim, num quinto grupo de casos julgados pelo STF, estes mais relevantes para a presente dissertação, encontram-se decisões que relacionam diretamente o sobreprincípio do Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica.¹⁴ Aqui é importante destacar a noção de que o STF decidiu em várias passagens, perfazendo a relação direta entre o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica.

Assim, as decisões do STF que fazem referência direta ao sobreprincípio do Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais: (a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; (b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; (c) separação das funções

⁷ MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21.03.1990; SS 1.149 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 03.04.1997.

⁸ RE 176.564, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14.12.1988.

⁹ ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15.04.2004.

¹⁰ HC 82.424, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado em 17.09.2003. Extrai-se do voto – vencido – exarado pelo Min. Marco Aurélio que “[...] o sistema de direitos fundamentais como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático”.

¹¹ ADI 1.910 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 22.04.2004.

¹² AI 177.313 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.04.1996.

¹³ RMS 24.069, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22.03.2005.

¹⁴ RMS 23.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.06.2003; RE 341.732 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 14.06.2005.

estatais; (d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; (e) segurança jurídica.

Segundo o profícuo ensino do professor gaúcho, Almiro do Couto e Silva, mencionado por Rafael Maffini, Estado de Direito seria apoiado, num aspecto material, nas ideias de “justiça” e de “segurança jurídica”, ao passo que, sob o ângulo formal, o Estado de Direito seria composto por uma série de elementos, dos quais se destacariam: (a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) a divisão das funções do Estado; (c) a legalidade da Administração Pública; e (d) a proteção da confiança.¹⁵

Em todas as perspectivas pelas quais se possa analisar o sobreprincípio do Estado de Direito, afigura-se uma constante a menção ao princípio da segurança jurídica,¹⁶ no sentido de que este (o princípio da segurança jurídica) decorre dedutivamente daquele (o sobreprincípio do Estado de Direito).¹⁷

Assim, revela-se imprescindível buscar o sentido (ou sentidos) finalístico do princípio da segurança jurídica, o qual informará, pois, a sua definição normativa e operativa. Quanto à sua definição normativa, Humberto Ávila, além de considerar que a segurança jurídica decorre dedutivamente do sobreprincípio do Estado de Direito,¹⁸ entende que é também decorrente de uma interpretação indutiva de várias outras normas constitucionais¹⁹ e, como se entende igualmente relevante, de várias outras normas infraconstitucionais. Assim, pode-se afirmar, consoante lição de Rafael Maffini, que a segurança jurídica tem uma dimensão multifacetada, o que, aliás, não pode ser considerada nenhuma novidade, porque a segurança jurídica, embora possa ser tida como sub-

¹⁵ SILVA, 1987 apud MAFFINI, 2006, p. 44.

¹⁶ Importa destacar a sempre abalizada lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que, apesar de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica, é da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, em que há vinculação (o princípio da segurança jurídica) com o sistema constitucional como um todo. BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 110 et seq.

Nesse diapasão, impende informar, de acordo com a ilação do insigne professor Mário Lúcio Quintão Soares, que o princípio da segurança jurídica é um dos *princípios concretizadores* do Estado Democrático de Direito. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 220.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 10, out./dez. 2006.

¹⁸ Humberto Ávila leciona que “o princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito [...]”. ÁVILA, 2004, apud MAFFINI, 2006, p. 47.

¹⁹ Idem, p. 47.

princípio do Estado de Direito, em relação a outros princípios ainda mais específicos, caracteriza um sobreprincípio.²⁰

Resta compreender, pois, qual o estado de coisas que pode ser utilizado como elemento de definição do princípio (sobreprincípio) da segurança jurídica. Regina Maria Macedo Nery Ferrari consigna que a expressão *segurança jurídica* encontra-se dentre aquelas que não possuem uma significação unívoca, precisa, mas que padece de certa imprecisão e fluidez, o que leva a caracterizá-la como plurissignificativa.²¹

4.2 Da segurança jurídica à proteção da confiança

É de bom alvitre antes de adentrar nos contornos conceituais do que se entende por princípio da proibição de retrocesso social, torna-se indispensável elucidar o alcance do significado do direito à segurança jurídica ao ter como premissa de que esta guarda íntima conexão com aquele (princípio da proibição de retrocesso social), embora exista posição divergente.²²

Segundo Rafael Maffini, o princípio da segurança jurídica decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, confiança, o que necessariamente ocorre ante a conjugação de várias normas jurídicas, dentre as quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança, dentre outras tantas (regras, princípios e postulados) que dão conformação ao sobreprincípio da segurança jurídica ao

²⁰ MAFFINI, 2006, p. 47.

²¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 214.

²² Consoante escólio de Felipe Derbli segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social **não** se confundem, pois seus objetos de normatização são inteiramente distintos. Assevera que a preservação da certeza e da previsibilidade do ordenamento jurídico não se confunde com o problema da manutenção do padrão de concretização dos direitos sociais fundamentais atingido por obra do legislador, sendo possível contrariar o princípio da proibição de retrocesso social mesmo sem prejuízo à segurança jurídica. DERBLI, 2007, p. 216.

Contrario sensu, em sintonia com o ponto de vista de que o princípio da proibição de retrocesso social guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica têm-se as seguintes posições: FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 217–219; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 105; CANOTILHO, 2003, p. 339–340; SARLET, 2007a, p. 442; MEIRELES, 2007, p. 44 – Esta autora consigna que a vedação do retrocesso em matéria de direitos fundamentais é uma das vertentes da manifestação do princípio da segurança jurídica.

ser, todavia, mais do que a simples conjugação de tais subprincípios para alcançar uma noção de instrumento de justiça social.²³

Assim, tem-se a já referida plurissignificação típica da ideia de segurança jurídica. A segurança jurídica possui, em termos essenciais, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança.²⁴ Impõe-se, então, que seja realizado o itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança ao perfazer, em termos mais amplos, a dedução *Estado de Direito/segurança jurídica/proteção da confiança*.²⁵

Não é singela a tarefa de se sistematizar o princípio da segurança jurídica em relação às suas proposições teóricas. Para se alcançar a dedução pretendida (*segurança jurídica – proteção da confiança*) serão utilizados dois níveis de análise: o primeiro consiste na sistematização dos vários significados atribuíveis à segurança jurídica e, com base em tal compreensão, num segundo momento, faz-se a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança.

Consoante lição de Rafael Maffini, em relação à sistematização dos significados teóricos pertinentes à segurança jurídica, tal análise recairá sobre uma tríplice dimensão pela qual a segurança jurídica seria compreendida nos seguintes termos: (a) conhecimento e certeza do Direito positivo; (b) confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica em geral, porquanto garantidores da paz social; (c) previsibilidade das consequências jurídicas derivadas das próprias ações ou das condutas de terceiros.²⁶

Ainda, na esteira das explicações de Rafael Maffini, embora concordasse com uma compreensão tripartite de significados do princípio da segurança jurídica, a sistematização mais precisa é a proposta por Sylvia Calmes. Segundo esta autora, a aproximação do conceito de segurança jurídica deve ser declinada em três proposições.

²³ MAFFINI, 2006, p. 48–49.

²⁴ Idem, p. 49.

²⁵ Idem, p. 49. Em relação ao princípio da confiança, Juarez Freitas ensina que “[...] em sentido amplo, pode-se dizer que se trata de um dos princípios constitucionais de que mais carece o País para obter a estabilidade em termos duradouros, atraindo investimentos produtivos e viabilizando sadias parcerias público–privadas de longo prazo”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60. Concorda-se com Odete Medauar para quem a proteção da confiança “[...] apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas”. MEDAUAR, 2003 apud MAFFINI, 2006, 29.

²⁶ Idem, p. 50.

Num primeiro aspecto, segurança jurídica induz na ideia de *previsibilidade* ou, em outros termos, de possibilidade de *cálculo prévio* acerca das medidas ou comportamentos do poder público em qualquer de suas funções (legislação, jurisdição e administração pública).²⁷ Nesse primeiro significado, necessariamente reenviado ao futuro, a segurança jurídica possui uma faceta *ex ante*, ou seja, o estado de coisas pretendido pelo princípio em lume conduz à necessidade de que os destinatários das funções estatais tenham condição de conhecê-la antes de sua concretização. Em tal sentido, a segurança jurídica justificará – e estará conformada – pela legalidade, especialmente na sua feição de reserva legal, pela irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, pela necessidade de regras de transição, pela anterioridade de previsão de algumas matérias e, ainda, pela proteção da confiança legítima quanto às regras legais, dentre outros instrumentos de previsibilidade (*ex ante*) dos modos da ação estatal.²⁸

Numa segunda dimensão, o princípio da segurança jurídica conduziria à noção de *acessibilidade*, muito mais relacionada com o *saber* (conhecer) as ações estatais do que com a sua previsibilidade propriamente dita.²⁹ Em termos mais amplos, tal dimensão da segurança jurídica aproxima-se, ao menos no que tange ao Direito Administrativo, da noção de transparência administrativa e possui dois aspectos, um formal e outro material: quanto ao aspecto formal da noção de acessibilidade, relaciona-se com a publicidade efetiva, adequada e suficiente; já na perspectiva material, a segurança jurídica, como acessibilidade, produz a necessidade de motivação, de coerência, de clareza e de precisão, seja no que se refere às ações propriamente ditas, seja no que atine às razões que as determinaram.³⁰

Por fim, numa terceira acepção, a qual se tem como mais relevante no presente estudo, a segurança jurídica tem novamente uma feição de previsibilidade, porém agora *ex post*, ou seja, no sentido de *estabilidade*, de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas (sejam atos, sejam comportamentos do poder público) vigentes.³¹ Com certeza, tal noção de estabilidade não se permite absoluta, porquanto não se faz cabível qualquer pretensão de petrificação na ordem jurídica.³² Todavia, a segurança jurídica, como indutora de estabilidade, cria mecanismos para um mínimo de continuidade dos efeitos advindos das relações jurídicas. Em tal sentido, o

²⁷ CALMES, 2001 apud MAFFINI, 2006, p. 50.

²⁸ Idem, p. 50–51.

²⁹ Idem, p. 51.

³⁰ Idem, p. 51.

³¹ Idem, p. 52.

³² Idem, p. 52.

princípio da segurança jurídica justifica, conforma – e é conformado – por institutos tais como a coisa julgada, regras de preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido e, ao que aqui mais interessa, a proteção da confiança.³³

É importante salientar que, na sistematização proposta, quanto ao significado do princípio da segurança jurídica, falou-se em proteção da confiança em duas passagens. Com efeito, fez-se alusão ao princípio da proteção da confiança, como decorrência do princípio da segurança jurídica, em primeiro lugar, quando se tratou da noção de previsibilidade em relação à ordem jurídica, ou seja, com um viés *ex ante*. Na relação havida entre a segurança jurídica e a proteção, este princípio aproxima-se, para fins de concreção do princípio da segurança jurídica, das noções de legalidade, de irretroatividade de normas, de anterioridade de tipificação etc. De outro lado, fez-se menção ao princípio da proteção da confiança quando se tratou da segurança jurídica na sua dimensão de estabilidade, continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas pertinentes a ações e comportamentos concretos, oriundos das ações estatais, isto é, numa acepção *ex post*. Em tal sentido, em nome da segurança jurídica, a proteção da confiança proporciona a tutela de pretensões ou direitos subjetivos com vistas na preservação de atos, ou de seus efeitos, mesmo quando perpetrados de modo contrário ao Direito ou, ainda, na imposição de comportamentos ao poder público. Trata-se, pois, de uma feição substancial da proteção da confiança diretamente relacionada com a estabilização das relações jurídicas decorrentes da ação estatal.³⁴

Vale registrar, também, a irretocável lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha ao pontificar que segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Esse direito, segundo ela, articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter, com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser modificadas numa imprevisibilidade que as deixem instáveis e inseguras em relação ao seu futuro, quanto ao seu presente e inclusive quanto ao passado.³⁵

Segurança jurídica, para a ilustre jurista e Ministra do STF, firma-se como paládio (salvaguarda) de convicções e confiança.³⁶ Se o direito não se afirma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como manifestação maior da criação social e estatal. Por isso, segurança jurídica produz na

³³ MAFFINI, 2006, p. 52.

³⁴ *Idem*, p. 52–53.

³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 168.

³⁶ *Idem*, p. 169.

confiança em que esta é posta no sistema e na convicção de que ele prevalece e é observado obrigatória e igualmente por todos. Segurança jurídica refere-se, pois, à solidez do sistema. É dessa qualidade existente no ordenamento que emana a sua credibilidade e a sua eficácia jurídica e social.³⁷

Em outro plano de análise, cumpre destacar as noções esposadas pelo expoente constitucionalista, o professor Luís Roberto Barroso, segundo o qual no seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão *segurança jurídica* passou a designar um conjunto abrangente de ideias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.³⁸

Cabe, ainda, menção ao pensamento do eminente jurista José Afonso da Silva que ao explanar, com lapidar magistério, sobre a *segurança do direito*, bem como sobre a *segurança jurídica* formula a seguinte concepção, *expressis verbis*:

[...] *Segurança do direito* é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a *segurança jurídica* é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro (sentido amplo), ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu.³⁹

³⁷ ROCHA, 2005, p. 169.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 139–140.

³⁹ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 19. Grifos no original.

Não é diferente a lição expendida por Uadi Lammêgo Bulos, segundo o qual a segurança jurídica presume a positividade do direito. Para ele, a *segurança* se qualifica como *jurídica*, precisamente porque é resultado de uma regulamentação legislativa, de uma tipificação normativa. E arremata ao consignar que

[...] Nesse sentido, a segurança jurídica depende de um conjunto de normas aptas a garantir aquilo que se denomina *câmbio de expectativas*, ou seja, o complexo de condições que visam a proteger o cidadão do arbítrio, gerando uma atmosfera de *certeza* nas relações.

Essa *certeza* é a base da segurança, encontrando na igualdade de condições a sua *ratio essendi*, porque o cidadão, através de sua observância, poderá saber as consequências de suas próprias ações, tendo em vista os efeitos que a ordem jurídica atribui ao seu comportamento.⁴⁰

Para Flávia Piovesan e Daniela Ikawa, versar acerca de um direito à segurança de direitos se centra na própria ideia de dignidade “[...] na ideia de que há certos direitos fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade”.⁴¹

Tal ideia é compartilhada por Ingo Wolfgang Sarlet para quem a dignidade⁴² não restará suficientemente respeitada e protegida onde existir uma instabilidade jurídica de modo que as pessoas não mais possam confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁴³

Ante o expendido, indica-se a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 – relembre-se que ela foi impulsionada pela completa desconsideração dos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial – como o marco de positivação, nos principais documentos internacionais e em várias constituições modernas, inclusive na Constituição Federal de 1988 (arts. 5º; 6º – segurança como espécie de direito social ou segurança social; e 150 – segurança em matéria tributária –, são alguns exemplos) de um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas do direito à segurança jurídica.⁴⁴

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233. Grifos no original.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 48.

⁴² Sobre o conceito de dignidade veja-se na obra do próprio autor em: SARLET, 2007b, p. 62 et seq.

⁴³ SARLET, 2007a, p. 443.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro.

Vale anotar, na esteira do pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, o fato de que a dignidade da pessoa humana, situando a questão no contexto da segurança jurídica, não exigir apenas uma proteção em oposição a atos de cunho retroativo (evidencia-se quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensar – ao menos é este o argumento que se sustentará – uma proteção contra medidas retrocessivas, as quais não podem ser consideradas como propriamente retroativas, uma vez que não alcançam os conhecidos institutos: direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/1988). Basta lembrar que é factível ao legislador, seja mediante uma Emenda Constitucional, seja por meio de uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.⁴⁵ Com isso, depara-se com a noção que tem sido atribuída pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso que, logo adiante, será mais bem examinado.

Então, é neste cenário que se fala do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social como mais uma forma de manifestação do princípio da segurança jurídica e que, apesar de estar presente no campo dos direitos fundamentais, em geral, é referido com mais acuidade no que diz respeito aos direitos sociais.

4.3 Proteção da confiança como feição subjetiva da segurança jurídica

Ainda no mister de se compreender a relação entre a segurança jurídica e proteção da confiança, bem como a apreensão do conteúdo dogmático desse princípio, faz-se necessário outra depuração conceitual. Não raro, é possível encontrar uma diferenciação entre os conteúdos respectivos de segurança jurídica e de proteção da confiança. Tal disjunção (separação), embora tenha fundamento relacionado ao aprimoramento técnico e terminológico pela Ciência Jurídica – e justamente por tal razão mereça atenção –, não deixa de reconhecer a relação existente entre tais princípios, como acima referido.⁴⁶

ro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 6, out./dez. 2006. O multicitado jurista delinea, nas páginas 8 a 10 do artigo mencionado, várias normas constantes de documentos internacionais e constituições de Estados estrangeiros que incorporaram o princípio da segurança jurídica.

⁴⁵ SARLET, 2007a, p. 444–445.

⁴⁶ Nesse sentido é o pensamento do jurista gaúcho Juarez Freitas. FREITAS, 2004, p. 62.

Em relação a tal distinção entre segurança jurídica e proteção da confiança, Almiro do Couto e Silva ensina que o princípio da segurança jurídica ramifica-se em dois principais sentidos, a saber, um *objetivo* e outro *subjetivo*.⁴⁷ Essa é também a opinião de Gomes Canotilho.⁴⁸

Consoante escólio do expoente publicista português, Gomes Canotilho, aduz que

O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante *qualquer ato de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *atos normativos* – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *atos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *atos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos.⁴⁹

Para Almiro do Couto e Silva, a segurança jurídica, no *sentido objetivo*, relaciona-se com a previsibilidade e com a irretroatividade dos atos estatais, além de todos aqueles institutos previstos no artigo 5º, XXXVI da CF/1988 (ato jurídico perfeito,

⁴⁷ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 273, jul./set. 2004.

⁴⁸ CANOTILHO, 2003, p. 257.

⁴⁹ Idem, p. 257. Grifos no original.

direito adquirido e coisa julgada), ou na sistematização acima proposta, no primeiro dos significados referidos (cf. p. 221), qual seja o de previsibilidade. Por sua vez, no *sentido subjetivo*, a segurança jurídica se relacionaria com a proteção da confiança depositada pelos cidadãos quanto aos atos, procedimentos e condutas estatais (estabilidade) por meio de duas principais áreas de incidência que poderiam ser sumarizadas, segundo magistério de Almiro Couto e Silva, do seguinte modo: a) impondo ao Estado limitações na prerrogativa de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais; b) atribuindo-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.⁵⁰ Nesse sentido, conforme lição de Rafael Maffini, a proteção da confiança, ao menos nessas explicações, deve ser vista como verdadeira ressignificação do princípio da segurança jurídica.⁵¹

Ante o exposto, ao ter por premissa que o princípio da proteção da confiança surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica, poder-se-ia tratar da questão do seguinte modo: o gênero – princípio da segurança jurídica *lato sensu* – tal como elucidado e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade – cf. p. 221–222), poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o *sentido objetivo*, aqui designado de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica, objetivamente considerada; b) o *sentido subjetivo*, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação.⁵²

Logo, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.⁵³

⁵⁰ SILVA, 2004, p. 274.

⁵¹ MAFFINI, 2006, p. 55

⁵² *Idem*, p. 55.

⁵³ *Idem*, p. 55.

Em consonância com o escólio de Rafael Maffini, a proteção da confiança tem a dimensão normativa precípua de um princípio jurídico, visto que possui o dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas, embora tal conformação não lhe retire o dever mediato de adoção da conduta necessária para os fins almejados.⁵⁴

4.4 Fundamentação jurídico–constitucional de uma proibição de retrocesso social no Brasil quanto aos direitos sociais

O ponto de partida de uma fundamentação constitucional, em conformidade com a preleção de Ingo Wolfgang Sarlet,⁵⁵ de uma proibição de retrocesso social encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado Democrático e Social de Direito, especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que – e neste sentido com razão – já se sustentou que se está a vivenciar um verdadeiro mal–estar constitucional e um pessimismo pós–moderno.⁵⁶

Verifica-se, efetivamente, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão socioeconômica, seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado Democrático e Social de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social – vem constituir um dos temas centrais de nossa época.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, o Estado Social de Direito, considerado fruto da moderna sociedade industrial, não poderá jamais permanecer imune às suas transformações e desenvolvimento. Limitando-se, por exemplo, a uma das manifestações da atuação do Estado Social e ao examinar a problemática dos sistemas de segurança social, como também, caso seja, da concretização dos direitos sociais asse-

⁵⁴ MAFFINI, 2006, p. 56. No mesmo sentido: ÁVILA, 2006, p. 78.

⁵⁵ SARLET, 2006, p. 22–23.

⁵⁶ É o que se deduz do exposto por Canotilho ao manifestar seu entendimento nestes termos: “[...] As constituições eram corolários da razão política e humanista, constituíam propostas do devir político e social. Tudo isto será posto em causa. Para os quadrantes do nihilismo pós–moderno e da ideologia antimodernista dos neoconservadores, as constituições liberais e sociais, mas mais estas do que aquelas, escondem no seu bojo um pecado mortal – a lógica da *narratividade emancipatória*, a ideia de *progresso* do homem, a *utopia* da desalienação, a promessa da *felicidade* para as mulheres e homens do presente e das próximas gerações futuras. O desafio que se coloca aos cultores do direito constitucional não pode ser outro que não o de tentar compreender as novas lógicas, as novas razões, os novos mitos. [...] O problema é o de saber se as ‘novas lógicas’ se desenvolvem matematicamente como ‘verdades’ axiomáticas ou se elas devem ser inseparáveis dos contextos políticos, econômicos e sociais em que se impõe com crueza a politicização do concreto”. CANOTILHO, 2001, p. VII–VIII. Grifos no original.

gurados na Constituição ou mesmo na esfera legal (infraconstitucional); verifica-se, portanto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, que é especificamente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de *segurança social*⁵⁷ vigentes à realidade socioeconômica cambiante e inclinadamente desfavorável se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.⁵⁸

Em outro plano de análise, nota-se, em conformidade com o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, uma expressiva insegurança no âmbito da seguridade social decorrente de uma demanda crescente por prestações sociais e, ao mesmo tempo, declínio da capacidade prestacional do Estado. Segundo o multicitado jurista, o cenário delineado remete, por outro lado, ao indesejável questionamento se as conquistas sociais poderiam e deveriam ser preservadas e, portanto, a garantia da *segurança social*. Tal questionamento diz respeito à problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos. Uma supressão e/ou restrição aos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não seria, em princípio, admissível. Logo, o gargalo referente à proteção constitucional das conquistas na órbita da justiça social permanece bastante atual.⁵⁹

4.5 O conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição Federal de 1988

O princípio democrático inserido no conceito de Estado Democrático de Direito tem como uma de suas derivações o princípio da democracia econômica e social (ou princípio da socialidade) que se materializa em termos do dever de proteção aos

⁵⁷ Em consonância com a lição de José Afonso da Silva, significa a previsão de vários meios que garantam aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas; tais meios se revelam basicamente como conjunto de direitos sociais, notadamente a *seguridade social* que deve constituir um instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais a fim de garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população. A Constituição brasileira acolheu uma concepção de *seguridade social* entendida como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social – art. 194, *caput*, da CF/1988. SILVA, 2005, p. 23–24.

⁵⁸ SARLET, 2006, p. 23–24.

⁵⁹ SARLET, 2007a, p. 448.

direitos fundamentais, notadamente aos direitos a prestações positivas, justamente em razão de sua conotação cultural, social e econômica, no sentido de ser desenvolvida atividade econômica e social necessária e suficiente ao alcance dos fins constitucionais estabelecidos.⁶⁰

Importa assinalar que não apenas os direitos sociais, de cunho prestacional, podem ser atingidos pelo retrocesso social e, por conseguinte, não apenas eles desfrutam da proteção do princípio da proibição de retrocesso social. É possível sustentar, quanto ao mencionado, que todo e qualquer direito fundamental naquilo que tenha sido objeto de desenvolvimento legislativo usufrui da proteção da proibição de retrocesso social.

Entende-se que devem ser incluídos, também, na proteção jurídico-constitucional pela aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, concernente aos direitos sociais de cunho prestacional, aqueles considerados em sentido amplo (que englobam os direitos de proteção e os de participação na organização e no procedimento relacionados às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva), pois a Constituição Federal de 1998 não traçou distinção entre eles (no caso, direitos sociais em sentido amplo e/ou estrito), pois todos os direitos sociais encontram-se sob o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Veja-se a profícua ilação de Ingo Wolfgang Sarlet ao sustentar que os direitos sociais em sentido amplo e estrito possuem íntima interpenetração e há entre eles igual dignidade como direitos fundamentais.⁶¹ Eis a íntegra de seu pensamento:

[...] Os direitos sociais a prestações, por sua vez (direitos de cunho positivo), que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações em sentido amplo [dimensão defensiva – nota nossa] (integrantes de um “status positivus libertatis”), compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o que oportunamente já se chamou

⁶⁰ Registre-se a proficiente lição de Canotilho sobre o princípio da democracia econômica e social ao sustentar o seguinte: “O princípio da democracia econômica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora das estruturas socioeconômicas de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática [...]. No seu cerne essencial, o princípio da democracia econômica, social e cultural é um *mandato* [ordem – nota nossa] *constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discricionariedade legislativa* quanto ao ‘se’ da atuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização (cfr. Ac TC 189/80)”. E prossegue asseverando com a particular destreza doutrinal: “[...] O princípio da democracia econômica e social constitui uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma ‘justiça constitucional’ nas vestes de uma ‘justiça social’”. CANOTILHO, 2003, p. 338. Grifos no original.

⁶¹ SARLET, 2007a, p. 223.

de “status positivus socialis”.⁶² Podendo ser considerados (também) como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa. Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes [...].

[...] podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, *não se prende* – pelo menos *não exclusivamente* – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de *direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa* – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.⁶³

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira verifica-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de retrocesso social. No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, destaca-se o nome do conceituado publicista José Joaquim Gomes Canotilho ao sustentar que após sua concretização na órbita infraconstitucional, os direitos sociais fundamentais assumem, simultaneamente, a condições de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por

⁶² Vale reprisar que o próprio Ingo Wolfgang Sarlet traz a seguinte nota ao distinguir entre direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito, *in verbis*: “Os direitos do ‘status positivus libertatis’ (ou direitos a prestações em sentido amplo), são formados pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento, encontrando-se vinculados à atuação do Estado na condição de Estado Liberal de Direito, ao passo que os direitos sociais a prestações (direitos do ‘status positivus socialis’ ou direitos a prestações em sentido estrito), voltados precipuamente para a obtenção de prestações fáticas, devem ser reconduzidos à atuação do Estado como Estado Social de Direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 19, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

⁶³ *Idem*, p. 19–21. Grifo nosso.

sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas estatais que inequivocamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado.⁶⁴ Esta proibição de retrocesso, segundo Canotilho, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos sociais fundamentais na sua dimensão prestacional que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, as quais tenham por objetivo a sua destruição ou redução.⁶⁵

Luís Roberto Barroso, exemplificando uma das manifestações do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social, pontifica que uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito estabelecido na Constituição. Para ele, o que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Se o legislador infraconstitucional complementa a eficácia de uma norma programática, dando-lhe “concretude” ou tornando “[...] viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”.⁶⁶

É que, em verdade, ao editar normas infraconstitucionais ou medidas administrativas que concretizem normas constitucionais, o Poder Público nada mais está fazendo do que cumprindo uma imposição que lhe foi determinada pelo Constituinte: a de implementar, na máxima medida possível, os direitos sociais fundamentais previstos constitucionalmente, naquilo que for de sua competência. Se tal implementação termina por suprir uma omissão existente, admitir o retorno ao estado anterior é, certamente, acolher o estado de omissão que já houvera sido sanado com a medida ou norma editada.⁶⁷

Interessa-se, também, pelo exímio estudo da jurista lusitana Cristina Queiroz que ao versar acerca do princípio da proibição de retrocesso social, em especial no contexto do constitucionalismo português, perfilha a tese da “irreversibilidade” dos direi-

⁶⁴ CANOTILHO, 2003, p. 338–340, 478.

⁶⁵ CANOTILHO, 2001, p. 374. Assim também: CANOTILHO, 2003, p. 476. Nesta última obra citada, Canotilho sustenta que os direitos sociais são compreendidos como autênticos **direitos subjetivos**. Idem, p. 476. No mesmo sentido: QUEIROZ, 2006a, p. 90, 119; CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 415.

⁶⁶ BARROSO, 2006, p. 152–153.

⁶⁷ Ante o expandido, Ingo Wolfgang Sarlet se pronunciou deste modo: “[...] em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando **uma fraude à Constituição**, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição”. SARLET, 2007a, p. 455. Grifo nosso.

tos sociais fundamentais constitucionalmente consagrados por assumirem a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no seu conjunto ao garantir o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de “densificação”⁶⁸ de direitos fundamentais. Segundo ela, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, contudo, uma proibição de retroceder.⁶⁹

Partindo dessa premissa, a respeitável jurista citada, com destreza doutrinária, assinala que a proibição de retrocesso social determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode em seguida eliminá-las sem alternativas ou compensações.⁷⁰ Uma vez dimanada do Estado a legislação concretizadora do direito social fundamental se apresenta perante esse direito como uma lei de proteção; a ação do Estado, que se consubstanciava num dever de legislar, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.⁷¹ De outro lado, em conformidade com o pensamento da renomada jurista, a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação, antes esse âmbito de proteção vem garantir mediante a *atuação dessa legislação*. Nisto consiste o dever de proteção jurídico-constitucional que deve ser pressuposto quer pela administração pública quer pelo poder judiciário.⁷²

Ingo Wolfgang Sarlet, ante o entendimento expendido acima, acrescenta: “[...] à medida que concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa”.⁷³ Então, o próprio reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso social já constitui por si só uma demonstração inequívoca da dimensão negativa (direito subjetivo de impugnação de atos que sejam ofensivos a determinados direitos constitucionalmente previstos) também dos direitos sociais fundamentais, atribuindo-lhes plena justiciabilidade, ou seja, a possibili-

⁶⁸ Canotilho, estribado nas definições conceituais ancoradas na metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller, define a expressão *densificar uma norma*, nestes termos: “**Densificar uma norma** significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto”. CANOTILHO, 2003, p. 1201. Grifo no original.

⁶⁹ QUEIROZ, 2006b, p. 102.

⁷⁰ Idem, p. 103.

⁷¹ Idem, p. 103.

⁷² Idem, p. 103–104.

⁷³ SARLET, 2007a, p. 317.

dade de imediata exigibilidade em juízo quando omitida qualquer providência voltada à efetivação de direitos sociais.

Registre-se, também, o raciocínio esposado por Felipe Derbli sobre como se opera o princípio da proibição de retrocesso social. Segundo ele,

[...] veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção, em esfera judicial, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo na edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada.⁷⁴

Mencione-se que Ingo Wolfgang Sarlet ao comentar o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional Luso, destacou o acolhimento do princípio da proibição de retrocesso social ao ter declarado a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente por meio da criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP).⁷⁵ Posição esta restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva de direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária. Neste contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito social fundamental concretizado pelo legislador.⁷⁶

Cumprе consignar que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social foi mencionada, recentemente, no Pleno do STF, quando do julgamento da ADI nº 3.105–DF, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso.⁷⁷ A referida Ação Direta de Inconsti-

⁷⁴ DERBLI, 2007, p. 243.

⁷⁵ Veja também comentários expendidos por Canotilho sobre o citado acórdão e do Acórdão do Tribunal Constitucional luso de nº 509/2002 que constitui outro caso paradigmático – caso do Rendimento Mínimo Garantido. CANOTILHO, 2003, p. 479.

⁷⁶ SARLET, 2007a, p. 451.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105–DF. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de apo-

tucionalidade foi movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com vistas na declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput* e respectivo parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas.

A decisão, como é conhecida, foi tomada por maioria, no sentido de procedência parcial do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da EC nº 41/2003, que distinguia servidores inativos e pensionistas que já se encontravam nessa condição quando do advento da reforma constitucional, sob comentário, daqueles que adquirissem o direito à aposentadoria ou à pensão posteriormente, bem como estabelecia distinção entre os aposentados e pensionistas da União, de um lado, e os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro.

Ocorre que, em lapidar voto vencido, o eminente Ministro Celso de Mello concluiu pela inconstitucionalidade, *in totum*, do art. 4º e seu parágrafo único da EC nº 41/2003. Para além dos argumentos relacionados com a oponibilidade dos direitos adquiridos às emendas à Constituição, entre outros, o Ministro ressaltou o caráter de fundamentalidade dos direitos de natureza previdenciária e, invocando o princípio da proibição de retrocesso social, asseverou mais uma vez, com arrimo na doutrina brasileira e portuguesa e com referência expressa ao Acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional luso, a inconstitucionalidade das normas impugnadas. Vale transcrever os seguintes trechos de seu lapidar voto, *expressis verbis*:

[...] **Refiro-me**, neste passo, **ao princípio da proibição do retrocesso**, que, **em tema de direitos fundamentais** de caráter social, e **uma vez** alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (**como estas** reconhecidas e asseguradas, **antes** do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive. [...]

Na realidade, a cláusula **que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz**, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, **impedindo**, em consequência, que os **níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** nas hipóte-

sentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Relatora original Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Ementa do acórdão publicada no Diário da Justiça da União em 18.02.2005. Íntegra disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

ses – de todo **inocorrente** na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. [...] ⁷⁸

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma debater-se especialmente o argumento de que o princípio em comento esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos sociais fundamentais não se encontra, em regra, definido na órbita da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que se refere às próprias decisões, liberdade esta que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas ou retrocessivas.⁷⁹

Tal ilação esposada *retro* não merece ser acolhida, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de forma demasiadamente livre) do conteúdo essencial dos direitos sociais fundamentais, notadamente em relação à sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal se dispõe da proteção (não absoluta, mas reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição. Não há como acolher, também, a crítica formulada ante a incapacidade prestacional do poder público (concernente aos limites postos pela reserva do possível)⁸⁰ ao ser factível uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou de políticas públicas nesta seara.⁸¹

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador, bem como dos órgãos estatais em geral, ao núcleo essencial já concretizado no âmbito dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, porquanto o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas cumpre uma

⁷⁸ A íntegra do voto está disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Consulta em 12.01.2008. Grifos no original.

⁷⁹ SARLET, 2007a, p. 455.

⁸⁰ Cumpre aqui reiterar o que foi expendido atrás sobre a reserva do possível, a qual, de acordo com a preleção de Ana Paula de Barcellos, pode ser compreendida como “[...] o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis, diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas pelo Poder Público”. BARCELLOS, 2002, p. 236.

Vale informar que existe uma *reserva do possível fática* e outra, *jurídica*. Aquela residiria no contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais, esta (reserva do possível jurídica), na falta de previsão orçamentária que destine os recursos financeiros à consecução de determinado interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo. MEIRELES, 2007, p. 445.

⁸¹ SARLET, op. cit., p. 455.

ordem do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. O legislador não pode simplesmente eliminar as normas (le-gais) concretizadoras de direitos sociais, pois isso equivaleria a subtrair às normas cons-titucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legisla-dor.⁸²

Além disso, para o multicitado jurista, com a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente os direitos sociais vinculados ao mínimo existencial)⁸³ estará sendo afe-tada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas para uma vida condigna não poderá prevalecer a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos pode-res.⁸⁴

4.6 O reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico–constitucional brasileira

Ante as explicações precedentes haveria como admitir a incidência de uma eficácia do princípio da proibição de retrocesso social e, sem pretender rastrear todas as dimensões dessa análise com base em doutrina e jurisprudência disponíveis, importa empreender a tentativa de construir uma argumentação robusta e constitucio-nalmente adequada para o reconhecimento do princípio em comento na ordem jurídico–constitucional brasileira com arrimo em algumas doutrinas nacionais existentes.

No plano doutrinário, inicia-se pela profícua lição de Luís Roberto Barroso que tem influenciado o cenário jurídico nacional. O notável constitucionalista se manis-festou sobre o princípio da proibição de retrocesso social, *in verbis*:

[...] Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídi-co–constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um manda-

⁸² SARLET, 2007a, p. 455–456.

⁸³ O próprio Ingo Wolfgang Sarlet assim define o que seja a noção de **mínimo existencial**: “[...] com-preendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, corres-pondendo a padrões qualitativos mínimos”. Idem, p. 464.

⁸⁴ Idem, p. 456.

mento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.⁸⁵

Na mesma linha de entendimento expendido acima, é a posição de Flávia Piovesan que assim se exprime:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. **Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.**

[...] Além disso, à medida que os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, a violação a direitos sociais implica, consequentemente, a violação a direitos civis e políticos.⁸⁶

A noção de proibição de retrocesso social tem sido reconduzida à ideia que José Afonso da Silva apresenta como sendo um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.⁸⁷

Vale assinalar a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, segundo o qual, apoiado nas lições de Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, pois uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma em direito negativo ou direito de defesa, ou seja, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele (ao adotar medidas de cunho retrocessivo que tenham por escopo a sua destruição ou redução).⁸⁸

Felipe Derbli aduz que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com *caráter retrospectivo*, visto que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária. E, além

⁸⁵ BARROSO, 2006, p. 152.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 30 jul. 2009. Grifo nosso.

⁸⁷ SILVA, 2007a, p. 149 et seq.

⁸⁸ SARLET, 2007a, p. 451, 457.

disso, consigna que o princípio em tela não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social.⁸⁹

E, ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição de retrocesso não se restringe aos direitos sociais fundamentais, estendendo-se, na verdade, a todos os direitos fundamentais, muito embora sua repercussão seja maior na aplicação das normas que concernem aos propósitos constitucionais de justiça social.⁹⁰ Para ele, o princípio da proibição de retrocesso social decorre implicitamente⁹¹ do ordenamento constitucional brasileiro, o qual se infere, segundo o jurista, designados princípios e argumentos de matriz jurídico–constitucional, notadamente:⁹²

- a) Do princípio do Estado Social e Democrático de Direito que impõe um nível mínimo de segurança jurídica, a que necessariamente abarca a proteção da confiança e a manutenção de um padrão mínimo de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos em geral;
- b) Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana que ao exigir medidas positivas do Estado em favor dos particulares (que se apresentam primordialmente por meio dos direitos sociais fundamentais), com vistas na existência digna a todos, tem como reflexo, na sua perspectiva negativa, a impossibilidade de medidas que se situem abaixo do nível mínimo;
- c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF/1988) e que essencialmente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Logo, a otimização da eficácia e da efetividade do direito à segurança jurídica envolverá também a proteção contra medidas de cunho retrocessivo;
- d) Das normas constitucionais expressamente dedicadas à proteção contra a retroatividade (entre as quais se inclui a salvaguarda do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada) são insufi-

⁸⁹ DERBLI, 2007, p. 202.

⁹⁰ SARLET, 2007a, p. 447.

⁹¹ No mesmo sentido: DERBLI, 2007, p. 221.

⁹² SARLET, op. cit., p. 457–460.

cientes para alcançar todas as situações que integram uma noção mais ampla de segurança jurídica;

- e) Do princípio da proteção da confiança, como elemento nuclear do Estado de Direito, impõe ao Poder Público o respeito à confiança depositada pelos indivíduos da certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica no todo e das relações especificamente clarificadas;
- f) O Estado, precipuamente como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, vincula-se não apenas às imposições constitucionais, mas também se submete a certa autovinculação aos atos praticados anteriormente; esta autovinculação se estende aos órgãos legislativos, como também aos executivos e judiciais;
- g) Negar a existência do princípio da proibição de retrocesso social significaria dizer que o legislador, apesar de estar inquestionavelmente vinculado aos direitos fundamentais e às normas constitucionais, poderia livremente decidir em flagrante contrariedade às prescrições do Poder Constituinte ao frustrar a efetividade da Constituição;
- h) Do sistema internacional, especialmente no plano dos direitos econômicos, sociais e culturais, o qual impõe a progressiva realização efetiva da proteção social pelos Estados e que, implicitamente, está vedado o retrocesso em matéria de direitos sociais já concretizados.

Logo, Ingo Wolfgang Sarlet entende que o princípio da proibição de retrocesso social também deflui diretamente do princípio constitucional da maximização da eficácia dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF/1988)⁹³. Segundo ele, o princípio em comento assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, o qual pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito (na esfera de proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas concernente à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social (voltado para a salvaguarda da manutenção dos padrões mínimos de segurança social alcançados).⁹⁴

⁹³ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o art. 5º, § 1º da Constituição Federal impõe a efetiva proteção dos direitos fundamentais não somente contra a ação do Poder Constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV da CF/1988), mas também em relação à atuação do legislador ordinário, do administrador e do julgador. SARLET, 2007a, p. 460.

⁹⁴ Idem, p. 460–462.

Com efeito, consoante exímia análise do multicitado jurista, a proibição de retrocesso serve como garantia de um padrão mínimo de continuidade e estabilidade do ordenamento jurídico. Em referência aos direitos sociais fundamentais, frisa que a preservação de um nível mínimo de proteção social – vale destacar, do chamado mínimo existencial – importa, também, a proteção de um correspondente padrão mínimo de segurança jurídica que permita aos indivíduos confiar na manutenção das condições básicas de vida, o que se afigura como indispensável num Estado Social e Democrático de Direito vocacionado para a promoção da justiça social.⁹⁵

Ana Cristina Costa Meireles, na esteira dos raciocínios expostos acima, ressalta, com acerto, que o princípio da proibição de retrocesso social pode ser subsumido do nosso sistema constitucional que agasalhou o modelo de Estado de Bem-Estar Social. Este tem como um dos princípios gerais de direito a possibilidade de contagiar todas as suas normas, o princípio da segurança, o qual pode ser buscado, de forma expressa, no preâmbulo da Constituição e no *caput* do art. 5º, além de outros dispositivos constitucionais específicos que o desenvolvem (art. 5º, II, XXXVI, XXXIX, XL, XLV a XLVIII, LI e LII, LIV e LV, bem como o art. 6º que, como desenvolvimento do princípio geral da segurança, refere-se à segurança social).⁹⁶

A mencionada autora lembra que o princípio da proibição de retrocesso social foi, no direito pátrio, explicitamente acolhido no que diz respeito ao direito do trabalho, embora a *adoção* do princípio da proibição de retrocesso pelo Estado de Bem-Estar já fosse suficiente por esse motivo. Ele se extrai do *caput* do art. 7º da Magna Carta que, em sua parte final, estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles relacionados em seus diversos incisos, “*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”.⁹⁷

Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da proibição de retrocesso social proveniente do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança e, portanto, ao abranger todos os terrenos de direitos fundamentais, adquire dimensão específica em relação aos direitos sociais fundamentais. Logo, o princípio há de ser observado no ordenamento jurídico brasileiro, considerado típico de um Estado Social e Democrático de Direito, em que o cumprimento efetivo dos direitos representa cumprimento da própria Constituição.

⁹⁵ SARLET, 2007a, p. 464–469.

⁹⁶ MEIRELES, 2007, p. 48.

⁹⁷ *Idem*, p. 48.

CONCLUSÃO

Esta dissertação foi efetivada com arrimo em expoentes autores nacionais e estrangeiros. Assim, buscou-se exaurir o correto entendimento acerca da segurança jurídica e da eficácia dos direitos sociais fundamentais harmonizadas com a ordem jurídico-constitucional brasileira. Ademais, ao focar o alcance da proteção e concretização dos direitos sociais fundamentais, sustentou-se que a eficácia destes direitos somente é possível num contexto de segurança jurídica.

Verificou-se, também, que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais são essenciais para a evolução e consolidação do Estado Constitucional que possuem eficácia irradiante ao se manifestar sob os critérios de nulidade ou negativa e interpretativa, visto que condiciona a elaboração, a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional, tanto nas relações Estado-cidadão como nas relações entre particulares. Portanto, a eficácia irradiante vinculará o legislador, o qual deve atuar sempre com vistas na preservação e na permanente promoção dos direitos sociais fundamentais, dos valores constitucionais albergados nas normas que os definem.

Expõem-se, esquematicamente, as ideias essenciais que a pesquisa, levada a cabo com o intuito de defender, também, que aos direitos sociais não são negados a natureza de direitos fundamentais com força jurídica e plena eficácia, ou seja, plena potencialidade de realização; constituindo, também, direito subjetivo para o indivíduo com a possibilidade de ser exigido judicialmente. Neste contexto, é fundamental endossar que os direitos sociais são exigíveis, acionáveis e justiciáveis. Assim sendo, tem-se que:

1. Para a metódica normativo-estruturante, a concretização constitucional é um processo estruturado para produzir a norma constitucional. Parte de um conceito diferenciado de constituição e de norma jurídica, enxergando a norma como um processo complexo envolvendo uma série de fatores, não se confundindo a norma com o seu enunciado linguístico. A interpretação aqui é uma das etapas do processo de concretização, não existindo relação sinonímica entre interpretação da constituição e concretização constitucional.

2. O
s direitos fundamentais situam-se no vértice do ordenamento jurídico-constitucional, na condição de supremacia, ou seja, em posição hierarquicamente superior.
3. O conceito formal de direito fundamental utiliza um critério formal para definir os direitos fundamentais. Significa dizer que um direito se torna fundamental pelo seu pertencimento ao catálogo de direitos fundamentais incluídos na Constituição. Esse conceito, todavia, não é satisfatório, haja vista que existem direitos fundamentais que não estão incluídos no rol de direitos fundamentais da Constituição. Esse problema pode ser sanado com a cláusula de abertura constitucional a outros direitos fundamentais, como textualmente previstos no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal.
4. O reconhecimento da dupla dimensão – subjetiva e objetiva – dos direitos fundamentais deve ser reputado, sem dúvida, como uma das mais relevantes contribuições da moderna dogmática dos direitos fundamentais, visto o alargamento e desenvolvimento deles na ordem jurídico-constitucional. A descoberta da dimensão objetiva revela que os referidos direitos, para além de sua condição de direitos subjetivos, permitem o desenvolvimento de novos conteúdos e procedimentos que desempenham função de significativa importância na edificação de um sistema eficaz e racional para sua efetivação.
5. A normatividade internacional de proteção dos direitos humanos conquistada por meio de incessantes lutas históricas e consubstanciada em inúmeros tratados concluídos com este propósito (salvaguardar os direitos humanos) foi fruto de um lento e gradual processo de internacionalização e universalização desses direitos.
6. Ter um direito fundamental segundo a concepção dos direitos como trunfos significa duas coisas: de um lado, e no que respeita às relações entre indivíduo e Estado, significa ter uma posição, juridicamente garantida, forte, entrincheirada, contra as decisões da maioria política; de outro lado, e no que respeita às relações entre particulares,

ter um direito fundamental significa também, no mínimo, ter uma particular e concretizada posição de autonomia e liberdade que o Estado de Direito está igualmente vinculado a proteger contra ameaças ou lesões oriundas de terceiros, mesmo quando, ou sobretudo quando, esses terceiros formam uma maioria ou quando o particular está sujeito, nas relações que estabelece com outros particulares, ao desequilíbrio de uma relação de poder assimétrica.

7. O
Os direitos fundamentais, direitos do homem positivados em uma ordem jurídica estatal, não surgem propriamente no Estado de Direito produto das revoluções liberais, mas existem registros de uma pré-história dos direitos fundamentais; sua positivação e garantia, no entanto, se dão naquele contexto.
8. A
A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, determinada por diversos fatores, ganha relevância a atuação estatal na busca de condições materiais dignas para os indivíduos, impulsionando-se a positivação dos direitos sociais, direitos que exigem a atividade estatal positiva.
9. P
Para Pierre Rosanvallon, a crise do *welfare state* deve-se à sua incapacidade de responder aos novos valores e comportamentos sociais emergentes nas sociedades pós-industriais e discorda das versões que consideram a crise como sendo de natureza eminentemente fiscal e financeira.
10. P
Para além da consagração dos direitos sociais ao lado dos direitos de liberdade, assiste-se a uma valorização da ideia de solidariedade social e de subsidiariedade, semelhantemente à consolidação e aprofundamento da democracia política. Pode-se sustentar que, atualmente, os elementos da socialidade e da democracia tornaram-se indissociáveis no âmbito do Estado Constitucional.

11. A dignidade da pessoa humana, que confere unidade e coerência ao sistema de direitos fundamentais, reclama proteção e promoção, direitos de liberdade e sociais compreendidos sob uma ótica de indivisibilidade dos direitos fundamentais; tal sistema participa do núcleo identitário da Constituição.
12. O princípio de socialidade impõe uma vinculação ao Estado no sentido de atuar positivamente na promoção das condições necessárias para uma vida digna para os indivíduos. O Estado se coloca também como responsável pela democracia social e econômica em busca da dignidade social; os direitos sociais são claras densificações do princípio da socialidade, podendo questionar-se o que restaria deste comando na Constituição brasileira se os direitos sociais fosse aí extirpados.
13. A dignidade da pessoa humana, como vértice articulador e unificador do sistema de direitos fundamentais, pedra angular do Estado Constitucional, exige a complementaridade e indivisibilidade dos direitos sociais; ligada à igualdade material, postula não só proteção, mas também promoção, o que justifica a manutenção constitucional tanto dos direitos de liberdade como dos sociais; a dignidade, como dado prévio e indisponível para o próprio constituinte, não se coaduna com condutas ligadas à sua debilitação, como poderia ser a hipótese de os direitos sociais serem extirpados do texto constitucional.
14. Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais. A igualdade não revogou a liberdade, mas a liberdade sem a igualdade é valor vulnerável. Em última análise, o que aconteceu foi a passagem da liberdade jurídica para a liberdade real, do mesmo modo que da igualdade abstrata se intenta passar para a igualdade fática.

15. O
s direitos sociais indicados na Constituição Federal não excluem outros, os quais se agregam ao ordenamento pátrio, seja pela via legislativa ordinária, seja por força da adoção de tratados internacionais. Há que destacar sua abertura, visto que não são *numerus clausus*. É o que se depreende do próprio *caput* do artigo 7º, o qual declara não estarem excluídos outros direitos sociais que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.
16. O
fato de as normas constitucionais programáticas contemplarem direitos sociais dependentes de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo, não lhes retira a eficácia jurídica.
17. A
s normas de direitos fundamentais prestacionais são, como as demais normas definidoras de direitos fundamentais, dotadas de aplicabilidade imediata.
18. A
eficácia jurídica e social dos direitos sociais fundamentais deverá ser objeto de permanente otimização, visto que levar a sério os direitos e princípios fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é a mais sublime expressão da própria ideia de justiça.
19. O
s direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas.
20. O
argumento da reserva do possível – segundo o qual a eficácia concreta de qualquer direito social que demande a prestação de serviço

pelo Estado estaria condicionada à existência de recursos orçamentários suficientes para a satisfação de tal direito – não é um argumento válido para retirar a eficácia dos direitos sociais e seu caráter de direitos fundamentais. O direito não é um reflexo da economia.

21. U
ma vez introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60 da CF/1988, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali fixados não abrange apenas o teor material dos direitos de primeira “geração” ou dimensão, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.
22. Fi
rma-se a posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas de direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais fundamentais), independentemente de qualquer interposição legislativa. Isso significa que a norma–princípio do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais (o que abarca, também, os direitos sociais), sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora ao assegurar, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.
23. A
proteção e a eficácia dos direitos sociais fundamentais apenas serão possíveis quando estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica, pois esta pressupõe a garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica.
24. H
á estreita ligação entre o direito à segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social ao evidenciar que este é um dos vetores da manifestação daquela.

25. Reconhece-se, na Constituição de 1988, a existência do princípio da proibição de retrocesso social, porquanto: a) a Constituição Federal determina a ampliação dos direitos sociais fundamentais (art. 5º, § 2º combinado com o art. 7º, *caput*), com vistas na progressiva redução das desigualdades regionais e sociais e na construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (art. 3º, incisos I e III; e art. 170, *caput* e incisos VII e VIII); b) a Constituição de um Estado Democrático e Social de Direito impõe o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos, com vistas na sua máxima efetividade (art. 5º, § 1º), sendo consequência lógica a existência de comando, dirigido ao legislador, de não retroceder na densificação das normas constitucionais que definem os direitos sociais.
26. O princípio da proibição de retrocesso social gera para os direitos sociais a mesma proteção garantida aos direitos de liberdade, visto que uma vez concretizados por leis que objetivam o desenvolvimento dos conteúdos das próprias normas constitucionais, passam os direitos sociais a apresentar o *status negativus* pacificamente reconhecido aos direitos de liberdade.

REFERÊNCIAS

Doutrina

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67–79, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Politicos e Constitucionales, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 112, p. 253–270, abr./jun. 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57–58, p. 233–256, 1981.

_____. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. cap. 2.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 137–163.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 451–483.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Elementos fundamentais da evolução da proteção internacional dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 44, n. 177, p. 39–60, jan./jun. 1991.

_____. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167–177, 1997.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de direitos humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3–55.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948–1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 14 abril 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2007. cap. 18.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Origem e atualidade do direito humanitário. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, p. 13–27, jul./dez. 2006.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *welfare state*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 24, p. 85–116, set. 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 209–259.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *Curso de ciência política e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. O futuro da política radical. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *O valor jurídico dos tratados de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 12 abril 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados Internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, Valinhos, SP, v. XII, n. 15, p. 7– 20, ago. 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan et al. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Tradução de M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Suely Maria Ribeiro. A outra face da crise do Estado de bem-estar social: neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. *Caderno de pesquisa do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas*, Campinas, SP, n. 13, p. 6–19, 1990.

LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

_____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.

MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p. 1–12, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENGOZZI, Paolo. Direitos humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed., Brasília: Editora UnB, 1998. v. 1. p. 353–361.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

_____. _____. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Tradução de Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: RT, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008. (Coleção teoria estruturante do direito, v. 1).

_____. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 1–6, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56013>>. Acesso em: 29 abr. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 79–88, set./dez. 1989.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem-Estar Social: origens e desenvolvimento. *Revista Katálisis*, Florianópolis, n. 5, p. 89–103, jul./dez. 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. Tradução de Wanda Caldeira Brant. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 47–83.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 30 jul. 2009.

_____. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direito Constitucional: as instituições do Estado democrático e constitucional*. São Paulo: RT; Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. Hermenêutica jurídica: filosofia e teoria geral do direito. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 41.

REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 33–42, nov. 2006.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____ (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 165–191.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado—providência*. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: CARBONELL, Miguel; PARCERO, Juan Antonio Cruz; VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: UNAM, 2000. p. 15–65.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. cap. 9.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 46, p. 193–233, abr./jun. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 16, p. 193–259, jul./set. 2005.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 57, p. 5–48, out./dez. 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1–45, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico–constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. cap. 10.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. cap. 1.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético–jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 553–586.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, p. 271–315, jul./set. 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 15–30.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: introdução*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOLA, Lourdes. Reformas do Estado para qual democracia? O lugar da política. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. cap. 2.

SOUZA, Marcelo Medeiros Coelho de. *A transposição de teorias sobre a institucionalização do Welfare State para o caso dos países subdesenvolvidos*. Brasília, DF: IPEA, 1999. 23 p. (Texto para discussão, n. 695).

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Constituições pesquisadas

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949*. Disponível em: <http://www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/01/Constituicao/grundgesetz_espanol_download,property=Daten.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina de 1994*. Disponível em: <http://www.argentina.gob.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPANHA. *Constitución Española de 1978*. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

FRANÇA. *Constituição da V República da França de 1958*. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/fr00000_.html>. Acesso em: 10 set. 2009.

GRÉCIA. *Constituição da Grécia de 1975*. Disponível em: <<http://html.rincodelvago.com/constitucion-de-gracia-de-1975.html>>. Acesso em: 10 set. 2009.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2009.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 16 set. 2009.

RÚSSIA. A Constituição da República Soviética Federativa Socialista Russa de 1918. Disponível em: <<http://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1918/index.htm>>. Acesso em: 28 set. 2009.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000*. Disponível em: <<http://www.ministeriopublico.gob.ve/leyes/1-CONSTITUCION.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2009.

Repertórios de jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105–DF. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Relatora original Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso. Ementa do acórdão publicada no Diário da Justiça da União em 18.02.2005. Íntegra disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785–RJ. EMENTA: I – Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. II – A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. III – Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. Reclamante: Jorgina Maria de Freitas

Fernandes. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29.03.2000. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 22.11.2002. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 1.595–SP. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. Data do julgamento pelo Plenário da liminar: 30.04.1997. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 7.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712–PA. Mandado de Injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil]. Aplicação da Lei Federal nº 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário no Estado do Pará (SINJEP). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 31.10.2008. Íntegra disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343–SP. EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03.12.2008. Acórdão publicado no Diário da Justiça Eletrônico em: 05.06.2009. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.