



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

RENATA CAETANO GÓES ULYSSÉA

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGEM TEÓRICA
SOBRE O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Tubarão
2008**



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

RENATA CAETANO GÓES ULYSSÉA

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGEM TEÓRICA
SOBRE O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul da Santa Catarina – UNISUL – como requisito parcial para obtenção do título de bacharel.

Orientador: Prof. Me. Narbal Antônio Mendonça Fileti.

Tubarão
2008

RENATA CAETANO GÓES ULYSSÉA

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGEM TEÓRICA
SOBRE O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Este trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Prof. Me. Narbal Antônio Mendonça Fileti – orientador

Prof. Me. Fábio Holthausen Zabot

Prof. Esp. Lírio Hoffmann Júnior

Tubarão
2008

Aos meus pais, João Batista Góes
Ulysséa e Jacira Caetano Ulysséa.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Narbal Antônio Mendonça Fileti, pela orientação e dedicação ao longo do semestre.

Aos Professores Lírio Hoffmann e Fábio Zobot, pela participação na banca examinadora.

Aos Professores do Curso de Direito da UNISUL, pelo aprendizado.

À Professora Andréa Daltoé, pela colaboração na parte gramatical.

Ao Professor Heitor Weising, pela compreensão e ajuda ao longo destes anos.

Aos amigos e amigas, pela amabilidade e por suas presenças em minha vida.

Ao Fábio Souza Bittencourt, pelo amor e companheirismo.

Aos avós Irene, Danyr, Iria e vô Zé (in memoriam), meus tios e primos, pelo carinho.

Enfim, ao meu irmão, João Henrique Caetano Góes Ulysséa, e aos meus pais, João Batista Góes Ulysséa e Jacira Caetano Ulysséa, pelo amor incondicional e por tornarem possível a realização de mais uma caminhada.

O discurso político manipula, existe apenas para esconder algo. Essa é a arte de camuflar a verdade. Quem é que escolhe os líderes das organizações internacionais? Onde está a democracia? Nossas democracias estão amputadas, foram seqüestradas, pois hoje nossos poderes como cidadãos consistem em trocar um governo que não gostamos por outro que não conhecemos. Se fizermos as cinco bases de Ramonet com muito trabalho podemos modificar algo e não ficar apenas falando utopia, utopia ...

José Saramago
(Discurso no Fórum Social Mundial em Porto Alegre em 2005).

RESUMO

A presente monografia concerne à pesquisa sobre o princípio da máxima efetividade, resguardado no § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que prescreve a aplicação imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. Destarte, a pesquisa objetiva o estudo dos direitos sociais como direitos fundamentais, de maneira que se possa obter a realização plena destes. Para tanto, faz-se a análise dos conceitos e antecedentes históricos dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais como direitos fundamentais. Mostram-se, ainda, as principais classificações doutrinárias necessárias para a compreensão do tema, verificando-se, por oportuno, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Posteriormente, há a investigação sobre o princípio da máxima efetividade, com conceituação e explicação das funções dos princípios em sentido amplo. Após, passa-se a estudar as diferenças existentes entre eficácia jurídica e efetividade, segundo alguns doutrinadores. Verifica-se, no mesmo sentido, a presença de instrumentos processuais constitucionais que visam à superação das omissões pelo legislador derivado. Por derradeiro, aprecia-se o princípio da máxima efetividade decorrente das normas definidoras de direitos fundamentais, embasando a pesquisa, especificamente, nos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, que, normalmente, são considerados normas programáticas. Todavia, apesar desta caracterização, estes direitos podem se apontados como direitos jurídico-subjetivos, ou seja, são direitos que possuem sua justiciabilidade garantida. Devido à amplitude e à complexidade inerente ao tema abordado, utilizar-se-á o método indutivo, com pesquisa bibliográfica por meio de abordagem teórica e em legislações sobre o tema proposto, cujos dados serão analisados qualitativamente.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos sociais. Princípio da máxima efetividade.

ABSTRACT

This monograph refers to research on the principle of maxim effectiveness, protected in paragraph 1st of article 5th of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, which prescribes the immediate application to the defining rules of fundamental rights. Thus, the research aims the social rights rules as fundamental rights, so that it can get the full performance of these. For that, it is made the analysis of concepts and historical antecedents of fundamental rights and, in particular, of social rights as fundamental rights. It is still shown the main doctrinal classifications that are necessary for the understanding of the subject, verifying, by appropriate, the multi-functionality of fundamental rights. Subsequently, there is an investigation on the principle of maxim effectiveness, with conceptualization and explanation of the functions of the principles in a wide sense. After, it is studied the existing differences between legal validity and effectiveness, according to some legal scholars. It is verified, in the same direction, the presence of constitutional procedural tools that aim to overcome the omissions by the derivative legislator. Finally, it esteems the principle of maxim effectiveness resulting from defining rules of fundamental rights, based on the research, specifically, the social fundamental rights prestacional character, which usually are considered programmatic rules. However, despite this characterization, these rights may be pointed as legal-subjective rights, that is, they have ensured its justice. Due to the magnitude and complexity inherent in the approached subjects, it will be used the inductive method, with bibliographical search through theoretical approach and legislation on the proposed subject, whose data will be qualitatively analyzed.

Key words: Fundamental Rights. Social rights. Principle of maxim effectiveness

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	14
2.2 HISTÓRICO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.3 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES	23
2.4 FUNÇÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.4.1 Função objetiva	28
2.4.2 Função subjetiva	29
2.5 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
2.5.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa	32
2.5.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações	34
2.5.2.1 Direitos a prestações em sentido amplo	35
2.5.2.2 Direitos a prestações em sentido estrito	36
3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	38
3.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS SOCIAIS	38
3.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS	42
3.3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	47
3.3.1 Direitos sociais com função objetiva	48
3.3.2 Direitos sociais com função subjetiva	49
3.3.3 Classificação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais	51
3.4 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	53
4 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE	59
4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	59
4.1.1 Delimitação conceitual	60
4.1.2 Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo	62
4.1.3 Regras e princípios: espécies da norma jurídica	63
4.1.4 Colisões entre princípios e conflitos de regras	64
4.1.5 Função dos princípios	65
4.2 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	66
4.2.1 Perspectivas sobre o princípio da máxima efetividade e sua afirmação	

constitucional	67
4.2.1.1 Noção defendida por Ingo Wolfgang Sarlet: eficácia jurídica e eficácia social.....	68
4.2.1.2 Justiça, validade e eficácia em Norberto Bobbio	70
4.2.1.3 Noção de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral e o conceito de efetividade em Luís Roberto Barroso	71
4.2.1.4 Eficácia e efetividade em Eros Roberto Grau	74
4.2.2 Instrumentos processuais constitucionais: aspectos destacados	77
4.2.2.1 Mandado de injunção	77
4.2.2.2 Inconstitucionalidade por omissão	78
4.3 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	79
4.3.1 Direitos fundamentais sociais de defesa com aplicação imediata.....	83
4.3.2 Direitos fundamentais sociais prestacionais com aplicação imediata.....	84
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho concerne ao princípio da máxima efetividade das normas que definem os direitos fundamentais, analisando-se, essencialmente, a fundamentalidade dos direitos sociais. Para tanto, é importante compreender que o tratamento sobre a eficácia e efetividade das normas, na seara constitucional, vincula os direitos sociais às normas programáticas.¹

A análise da referida matéria envolve a pesquisa não só dos direitos sociais especificamente, mas sim desde os antecedentes históricos dos direitos humanos e, concomitantemente, dos direitos fundamentais, passando pela gênese dos direitos sociais e findando nos anseios resguardados por estes na sociedade atual. Nesse sentido, para entendimento e posterior reflexão sobre as normas programáticas, há a necessidade de contextualização histórica dos direitos humanos.

Em que pesem alguns dos direitos fundamentais (ou direitos que depois se tornariam fundamentais) reconhecidos na atualidade remontarem, por exemplo, ao ano de 1215, com a *Magna Charta Libertatum* na Inglaterra, tem-se que a concretização dos direitos humanos se deu com as declarações norte-americanas de Direitos do Bom Povo de Virgínia e com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas em 1776, bem como com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.

A fundamentalidade dos direitos humanos se deu em 1791, com as primeiras constituições, a francesa e a americana. As garantias estavam calcadas nas liberdades individuais devido à opressão que a população sofria com os regimes absolutistas. Formavam-se, assim, os direitos contra o Estado, ou melhor, os chamados direitos negativos. Ao longo do século XIX, os indivíduos passaram a exigir direitos políticos, pois, almejava-se, assim, a participação na formação estatal, caracterizando os chamados direitos positivos.

Os direitos sociais surgiram historicamente após as garantias e liberdades individuais e os direitos políticos. Como direitos fundamentais, ou seja, como direitos constitucionalmente positivados, os direitos sociais apareceram na Constituição Mexicana de

¹ Antonio Enrique Perez Luño define as normas programáticas como um sistema que dita os valores e os princípios fundadores da Constituição, não atribuindo, por si só, verdadeiros direitos e obrigações, impossibilitando prover os direitos sociais de segurança jurídica, haja vista privar seu conteúdo de eficácia jurídica. *In verbis*: “Como *normas programáticas*, sistema que tiene la ventaja de convertir estas cláusulas en los valores y principios políticos dinamizadores de la Constitución; pero, por contra, priva de eficacia jurídica a su contenido, que no atribuye verdaderos derechos a los ciudadanos, ni establece obligaciones para los poderes públicos. De lo que se deriva el carácter impreciso al que queda relegado el estatuto de los derechos sociales y el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica” (destaques no original). LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 185.

1917, que teve influência da Revolução Russa, e na Constituição Alemã de Weimar de 1919, caracterizando-se, doutrinariamente, como direitos de crédito, ou melhor, como direitos a prestações por meio do Estado.

Destarte, as constituições que sucederam a Constituição mexicana e a Constituição alemã vieram marcadas com a presença dos direitos sociais. Nota-se que não houve a mudança dos detentores do poder para que os direitos sociais ingressassem nas constituições; houve somente a necessidade de se garantir direitos para toda a população, estabelecendo-se a igualdade material.

Entretanto, a forma com que os direitos sociais foram positivados nas constituições traz problemas em sua interpretação, dificultando, conseqüentemente, sua aplicação. A questão é que estes direitos positivaram-se, geralmente, como normas programáticas, e isto significa dizer que são normas de aplicabilidade difícil, tendo em vista sua baixa normatividade, que exige a concretude pelo legislador derivado.

Conceituam-se as normas definidoras de direitos fundamentais sociais, assim como suas funções, a partir da existência tanto de normas programáticas quanto de normas não-programáticas, denominado-as em normas de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e normas de direitos sociais de defesa, respectivamente.

O problema se encontra na eficácia jurídica das normas definidoras de direitos fundamentais sociais de cunho social, mesmo havendo a prescrição do § 1º do artigo 5º da Constituição, *in verbis*, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.²

Não se questiona a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, tais como as liberdades civis, os direitos políticos e até mesmo os direitos sociais de defesa. Entretanto, verifica-se que, em relação aos direitos sociais a prestações, a questão da aplicabilidade imediata é compreendida de modo diferente, haja vista suas peculiaridades.

Dessa feita, o objetivo do presente trabalho monográfico compreende, além de abordar os conceitos, fazer as contextualizações históricas e elaborar as demais classificações pertinentes aos direitos fundamentais e aos direitos sociais, bem como analisar a eficácia jurídica (princípio da máxima efetividade) das normas de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

Para tanto, as seguintes questões serviram de indagação à pesquisa: quais as diferenças entre eficácia jurídica e efetividade? Em que medida os direitos sociais a

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

prestações se mostram diretamente aplicáveis, conforme o § 1º do artigo 5º da Constituição, atingindo sua eficácia jurídica? Quais os efeitos atribuídos aos direitos fundamentais de cunho prestacional? Os direitos sociais prestacionais, apesar de serem entabulados como normas programáticas, podem, então, se mostrar como direitos subjetivos? Em caso de afirmativa da pergunta anterior, podem requerer prestações por parte do Estado? Em que situações estes direitos podem ser reconhecidos e se existem instrumentos (processuais) específicos?

A relevância desta investigação sobre a eficácia e efetivação das normas de direitos fundamentais envolve a realidade brasileira atual, envolta com problemas como o desemprego, a fome, entre outros fatores que impedem o pleno gozo da dignidade dos indivíduos. A instabilidade econômica e social atinge os indivíduos em suas intimidades, prejudicando-os na medida em que não conseguem os meios necessários para uma vida digna.

No decorrer dos anos, as constituições vêm ampliando os direitos econômicos, sociais e culturais que possibilitam a igualdade material entre os indivíduos. Tratados, internacionais, assim como pactos e declarações ganham maior força nas últimas décadas. Contudo, mesmo havendo a garantia formal de determinados direitos que constituem esperança em transformações sociais, inúmeras vezes este quadro social não é modificado. O desnivelamento social permanece grande e o texto legal acaba não sendo levado a sério.

Nesses termos, a preocupação com os problemas sociais ligados diretamente aos direitos fundamentais se funda na incessante busca pelo desenvolvimento da realidade social e jurídica, ainda que os resultados da presente pesquisa se mostrem modestos no sentido de esgotar o tema.

O aprofundamento na matéria de direitos humanos e sociais tem sido preocupação constante na vida acadêmica da autora. Iniciou-se, de certa maneira, a presente pesquisa no Curso de Ciências Sociais na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e, concomitantemente, com a participação no Laboratório de Sociologia do Trabalho (LASTRO) localizado na referida Instituição. A participação nos programas de iniciação científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e no Programa Unificado de Iniciação Científica (PUIC) da UNISUL, também integra as bases de interesse sobre o tema abordado. As investigações decorrentes de tais participações geraram pesquisas como “Direitos humanos no Brasil: integração e exclusão no processo decisório”, pelo CNPq, “Brasil, direitos humanos e globalização”, pelo PUIC, e “A dignidade da pessoa humana e a globalização neoliberal: abordagem teórica sobre suas contradições perante o desemprego”, como trabalho de conclusão do curso de Ciências Sociais.

Para a amplitude e complexidade inerente ao tema abordado, utilizar-se-á o método indutivo, com pesquisa bibliográfica por meio de abordagem teórica em livros e legislações sobre o tema proposto, cujos dados serão analisados qualitativamente.

Assim sendo, explicitando a pesquisa realizada, estruturou-se a monografia em três capítulos.

No primeiro capítulo, serão abordados a questão dos direitos fundamentais, conceituando-os, bem como o histórico social dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, tendo em vista que tiveram suas gêneses atreladas uns aos outros historicamente. Passa-se, após, a fazer referência doutrinária sobre os direitos fundamentais, classificando-os em dimensões e em gerações (optou-se pela expressão “dimensões”). Analisam-se, no mesmo sentido, as funções dos direitos fundamentais como direitos com funções objetivas e subjetivas. Nesse sentido, alerta-se para a multifuncionalidade apresentada por estes direitos, pois alguns direitos apresentados podem obter mais de uma função, com alguma função preponderante em relação à outra.

Posteriormente, no segundo capítulo, será verificada a questão dos direitos sociais. Tratar-se-á sobre seu conceito, seus antecedentes históricos, assim como a multifuncionalidade inerente aos direitos sociais. Destarte, tentar-se-á comprovar a fundamentalidade dos direitos sociais.

Por fim, após a análise introdutória dos aspectos mais relevantes sobre o tema, examinar-se-á, no terceiro capítulo, o princípio da máxima efetividade, identificando o conceito e as funções dos princípios em sentido amplo, como também os aspectos que se destacam na doutrina. Em seguida, far-se-á a análise das definições “eficácia” e “efetividade”, principalmente, para que o princípio da máxima efetividade seja compreendido em sentido estrito. Passa-se rapidamente sobre os conceitos dos instrumentos legais do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão como meios capazes de garantir, judicialmente, um direito subjetivo social de cunho prestacional.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo pretende estudar mais profundamente o que significa, no mundo atual, o termo “direitos fundamentais” na seara jurídica, especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Utilizar-se-á tal terminologia, pois entende-se como a mais adequada para as finalidades da presente monografia, haja vista a finalidade de averiguação da fundamentalidade dos direitos sociais.

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

A utilização do termo “direitos fundamentais” não é unânime na doutrina. Conforme pontifica Ingo Wolfgang Sarlet¹, coexistem outros tipos de expressões junto à expressão “direitos fundamentais”, tais como direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, liberdades fundamentais, garantias institucionais, deveres fundamentais, entre tantos outros que retratam figuras semelhantes e, até mesmo, categorias dos direitos fundamentais. A mesma variedade terminológica se encontra na Constituição brasileira, na qual se podem encontrar as expressões “direitos humanos” (no artigo 4º, inciso II), “liberdades fundamentais” (no artigo 5º, inciso XLI), “direitos e garantias individuais” (no artigo 60, § 4º, inciso IV), entre outras.

Ressalta-se, entretanto, que há confusão entre as terminologias direitos fundamentais e direitos humanos, afinal, o termo “direitos fundamentais” indica uma série de direitos humanos, contudo a recíproca não se faz verdadeira, pois nem todo direito humano é um direito fundamental. Nesse sentido, a expressão “direitos fundamentais” concerne aos direitos humanos que são reconhecidos por Estados de Direito Democráticos² e,

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 33.

² No presente estudo, serão analisados somente os Estados de Direito Democráticos referindo-se, assim, aos Estados modernos Democráticos e não a qualquer Estado de Direito, pois este último pode abranger outros regimes políticos estatais, como o totalitarismo, em que o ordenamento jurídico não deixa de ser legal. Assim, “Não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertencam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada. A observação histórica comprova-o”, conforme pontifica Miranda. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 08.

conseqüentemente, positivados no ordenamento jurídico, mais especificamente no âmbito constitucional. Em contrapartida, a expressão “direitos humanos” faria referência a uma gama de direitos conquistados pelos povos de todo o mundo em suas lutas sociais pela proteção, bem como garantia da dignidade da pessoa humana.³

Assim, os direitos humanos compreendem direitos dos indivíduos, tanto individual quanto coletivamente, mas sem uma contextualização territorial ou temporal destes. Os direitos humanos teriam vigência e validade universal, não necessitando de validação nas constituições nacionais e nem se confundindo com os direitos naturais⁴. Revela-se um caráter supranacional – até mesmo supra-estatal – dos direitos humanos, que não são necessariamente positivados nas constituições democráticas e nem mesmo precisam desta positividade, haja vista, muitas vezes, fazerem parte de documentos internacionais (tratados, pactos, declarações etc.) que procuram garantir tais direitos.⁵

Ingo Wolfgang Sarlet define direitos fundamentais como aqueles que

[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.⁶

No mesmo sentido, é o entendimento de Narbal Antônio Mendonça Fileti, para quem os direitos fundamentais são os “direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.⁷

No Brasil, os traços da fundamentalidade dos direitos vêm definidos pelo poder constituinte originário, recebendo uma carga maior de garantia e segurança de acordo com o exposto no inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição brasileira, ao prescrever que os

³ ULYSSÉA, Renata Caetano Góes. **A dignidade da pessoa humana e a globalização neoliberal: abordagem teórica sobre suas contradições perante o desemprego**. 63 f. Monografia (Faculdade de Ciências Sociais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2007. p. 15.

⁴ Direitos naturais (também podem ser denominados de jusnaturalismo) concernem àqueles decorrentes de “princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem”. (Direito natural). In: SILVA, DE PLÁCIDO, **Vocabulário Jurídico**. SLAIBI FILHO, Nagib e CARVALHO, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Neste sentido, tem-se uma definição de direitos naturais calcada na concepção de Estado como contrato social, devendo o indivíduo ser protegido por sua natureza e por meio do direito positivo que deverá ser imprescritível. Todavia, a presente monografia não se propõe a analisar as diferenças entre os direitos fundamentais, direitos humanos e direitos naturais, tratando, fundamentalmente sobre as principais características dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Não, se refuta, contudo, a similitude entre estas três teorias.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 36.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 38.

⁷ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 265 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2007. p. 18.

direitos e garantias individuais⁸ não poderão ser objeto de emenda cuja finalidade seja abolir tais direitos da Constituição.

Nota-se, no entanto, ao fazer a diferenciação das definições doutrinárias, que, apesar de os direitos humanos abarcarem uma esfera universal e mais ampla em relação aos direitos fundamentais, são estes últimos que possuem um grau maior de efetivação. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “os direitos humanos, enquanto carecerem do caráter da fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais [...] não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham”.⁹

Em suma, tem-se que os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos principalmente por serem positivados nas constituições democráticas. Do mesmo modo, a diferenciação feita neste item da pesquisa se torna importante para a finalidade de comprovar a fundamentalidade dos direitos humanos sociais. Destarte, tem-se que os direitos humanos e fundamentais estão interligados e são extremamente dependentes, não podendo haver uma conceituação de direitos fundamentais satisfatória sem menção aos direitos humanos.

Não se pode considerar, entretanto, que direitos fundamentais são simplesmente o que as constituições definem como tal, tendo em vista que estas derivam do regime político que as fundam. Conforme pontifica Jorge Miranda,

[...] seria o mesmo que admitir a não-consagração [sic], a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político.¹⁰

Assim, constata-se a necessidade de entender os direitos fundamentais como aqueles inerentes à pessoa humana, de modo a protegê-la em sua dignidade e além dela.

Antonio Enrique Perez Luño distingue direitos humanos e direitos fundamentais afirmando que

[...] os direitos humanos são entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. No entanto, com a noção dos direitos fundamentais, faz-se menção àqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em suas normas constitucionais, e que gozam de uma tutela forçada (tradução livre da autora da monografia).¹¹

⁸ Verifica-se que a referida Constituição se refere, neste artigo, aos direitos e às garantias individuais, que, conforme verificado anteriormente quanto à terminologia, significam falar em direitos fundamentais.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 41.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. p. 09.

¹¹ *In verbis*: “[...] los derechos humanos suelen venir entendidos como un 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. En tanto que com la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos

João dos Passos Martins Neto¹² também trata da questão dos direitos fundamentais, afirmando que estes, pelo próprio nome, são aqueles que possuem um tratamento especial e alguns privilégios. Aprofunda-se o estudo deste conceito, delimitando o adjetivo fundamental a começar pela estrutura hierárquica proposta num determinado sistema jurídico constitucional.

A fundamentalidade dos direitos, além de ser baseada em seus precedentes históricos de lutas sociais, também se caracteriza por estar posta nas constituições dos Estados modernos democráticos. Todavia, atenta-se a esta idéia que nem todo direito subjetivo positivado nestas constituições deva ser considerado direito fundamental. De acordo com João dos Passos Martins Neto,

Como ocorre no caso da imunidade das normas *jusfundamentais* em face do poder legislativo ordinário, que beneficia todas as normas constitucionais em razão do princípio da supremacia, também a previsão de um *procedimento agravado* para aprovação de emendas que não pode ser considerada uma qualidade capaz de extremar os direitos subjetivos fundamentais de outros que não o são. Com efeito, quem acreditasse que o traço característico da *fundamentalidade* reside aí, nessa sujeição a maiores dificuldades para efeitos de revogação, derrogação ou modificação, teria que admitir que qualquer direito subjetivo posto no nível da Constituição é *fundamental*, porque qualquer norma constitucional, para ser emendada validamente, supõe o mesmo ritual qualificado.

Mas uma conclusão desse teor aberra o espírito e, se porventura vingasse teoricamente, lançaria a noção de *fundamentalidade* na maior das promiscuidades, deserdando as raízes históricas e filosóficas que a fundamentaram sob o impulso das lutas e das idéias de liberdade, igualdade e fraternidade. Basta notar que, numa clara deturpação de sentido, seriam elevados à categoria de fundamentais direitos que passam muitos mundos ao longe daquele paradigma setecentista. (Destques do autor).¹³

Os direitos fundamentais possuem cláusula de imunidade (cláusula pétrea) em relação aos direitos não-fundamentais. Destarte, possuem *status* especial, negando garantias em desfavor do poder reformador. O referido autor conclui, afirmando que “*fundamental* leva a *pétreo* e *fundamentalidade* conduz à *intangibilidade*” (Destques no original).¹⁴

Diante do exposto, pode-se concluir que os direitos fundamentais são direitos subjetivos¹⁵ positivados nas constituições dos Estados de direito democráticos, constituindo pressupostos para a realização da dignidade humana, havendo uma garantia de imunidade constitucional perante estes direitos especiais. Do mesmo modo, são direitos relativos, haja

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” (destques do autor). LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 46.

¹² MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

¹³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 85.

¹⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 86.

¹⁵ Verificar-se-á, posteriormente, que a definição de direitos fundamentais, além de direito subjetivo, pode ser compreendida em sua função objetiva.

vista sua localização espacial e temporal, assim como são direitos universais, igualitários e inalienáveis.

2.2 HISTÓRICO SOCIAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O histórico social dos direitos humanos e fundamentais é um tema amplo, que demanda um estudo aprofundado, podendo ser objeto, por si só, de um estudo específico. Nesse sentido, apontar-se-ão os aspectos mais relevantes da trajetória dos direitos humanos e fundamentais.

Os direitos humanos, como afirma Roberto Lyra Filho, “conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da História, para transformar-se em opção jurídica indeclinável”.¹⁶ Por isso, pretende-se resgatar o processo histórico dos direitos fundamentais, principalmente o histórico dos direitos humanos e fundamentais, apropriando-se, basicamente, das teorias elaboradas por Gilmar Antonio Bedin, Jacob Gorender, José Damião de Lima Trindade, Ingo Wolfgang Sarlet e Antonio Enrique Perez Luño.

A noção de direito humano surgiu há muitos séculos, quando o homem começou a questionar sobre sua própria natureza. Pode-se partir do pensamento do sofista Protágoras de Abdera, filósofo grego que viveu no século IV antes de Cristo e fundador do movimento sofístico. Para Protágoras, “o homem é a medida de todas as coisas, das que são enquanto são, das que não são enquanto não são”.¹⁷ Desse modo, ele negava a existência de verdades absolutas e colocava o homem como critério para esta medição. O homem seria o início e o fim das coisas.

A filosofia clássica (greco-romana), assim como a religião (pensamento cristão), tiveram grande influência na gênese dos direitos humanos. O jusnaturalismo¹⁸ também teve grande relevância neste processo, em especial, sobre as Revoluções Industrial e Francesa. O direito natural, ou o jusnaturalismo, sofrem, ainda, influência do contratualismo e do Iluminismo.¹⁹

¹⁶ LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1985. p. 12.

¹⁷ PROTÁGORAS. In: Enciclopédia LAROUSSE CULTURAL. São Paulo. vol. 20. p. 4806.

¹⁸ Conforme verificado alhures, (nota 4), não se confunde o jusnaturalismo com o jusracionalismo, que está ligado à idéia de indivíduo, racionalismo e processo de laicização e secularização.

¹⁹ Iluminismo é um movimento cultural do século XVII e se difundiu no século XVIII na Europa (Holanda, Inglaterra e França, vindo a ser denominado, o século XVIII, como o “século das luzes”). Este movimento

John Locke (1632-1704), filósofo inglês predecessor do Iluminismo, trata da natureza humana como todos sendo livres e possuidores de direitos naturais. A realidade social torna-se complexa a partir do momento em que o homem começa a formar famílias, realizar trocas, criar moedas, etc., aumentando, assim, o risco de gerar conflitos. John Lock propõe que a maior desordem seria gerada quando os indivíduos atentassem contra o principal direito que possuem, ou seja, a vida, bem como direitos de dispor sobre seus próprios bens, de responsabilidade civil, etc. Nesse sentido, o filósofo defendia a organização da sociedade com a criação de regras de convívio social, podendo, se necessário, utilizar a força como meio controlador. Sua obra “Segundo Tratado do Governo Civil” (1690) deu a fórmula do Estado moderno liberal, e suas idéias inspiraram tanto a declaração norte-americana dos direitos do homem, quanto a declaração francesa dos direitos do homem.²⁰

Outro importante teórico foi o francês Charles-Louis de Secondant, ou Barão de Montesquieu (1689-1755). Seu pensamento se difundiu por causa de sua teoria sobre a separação dos poderes, adotada em muitos Estados modernos. Em sua obra “O Espírito das Leis” (1748), o autor demonstra que as leis não provêm de entidades divinas, mas, sim, da razão dos indivíduos. Desse modo, a lei está ligada à liberdade política e, para que esta última exista, é necessário um poder moderado, que seria alcançado com a separação dos poderes: poder legislativo, poder executivo e poder judiciário.²¹

Outros autores contribuíram no processo de desenvolvimento dos direitos humanos naturais, tais como Thomas Paine, que divulgou a utilização do termo “direitos do homem” com a obra *The Rights os Man* (1791-1792)²², Jean-Jacques Rousseau, na França, com a teoria do contrato social, pela qual afirmava a liberdade e a igualdade dos homens como fundamento da lei²³, e, por fim, Emmanuel Kant, na Alemanha, iluminista jusnaturalista, que afirmava o direito à liberdade como direito humano por excelência, lembrando que tal teoria contribuiu para o conceito de Estado de Direito.²⁴ Nos dizeres de Antonio Enrique Perez Luño,

iniciou com o Renascimento no século XIV na Europa. Sua finalidade é utilizar a razão na construção do conhecimento, bem como na vida, isto é, o Iluminismo tenta racionalizar a condição humana para que esta se torne melhor (jusracionalismo). TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 35-41.

²⁰ CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 65.

²¹ CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. p. 66, *in verbis*: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais e nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”. Estaria perdido, pois se todos os poderes estivessem concentrados em uma só mão, haveria abuso do poder. Já com a separação, haveria a utilização moderada de cada poder.

²² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 32.

²³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 32.

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 32.

[...] a nova expressão, como a de “direitos fundamentais”, criada também nesse período, revela a inspiração do iluminismo jusnaturalista para a constitucionalização, ou seja, para converter em direito positivo, em preceitos da máxima categoria normativa, os direitos naturais (tradução livre da autora da monografia).²⁵

Ressalta-se que os direitos fundamentais têm extrema ligação com o nascimento dos Estados modernos, pois convergem para o reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos para sua formação digna.²⁶ No mesmo sentido, alerta-se que os direitos humanos e fundamentais passaram, historicamente, por avanços, retrocessos e contradições.²⁷ Assim, o enfoque sobre o nascimento dos direitos fundamentais abarcará o surgimento dos Estados liberais americano e europeu.

Os direitos humanos foram sendo reconhecidos e positivados gradativamente por meio de declarações. Tem-se registro de que, na Inglaterra, no ano de 1215, João Sem-Terra firmou um pacto com os bispos e barões ingleses por meio da *Magna Charta Libertatum*. Esta se caracteriza por trazer direitos somente a determinadas castas, todavia, não deixou de trazer alguns direitos e liberdades civis, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito à propriedade.²⁸ Ingo Wolfgang Sarlet afirma que este documento “não foi o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis”.²⁹ Destaca-se que tal documento não pode ser considerado como direito fundamental, tendo em vista que garantia direitos somente a uma classe, conforme supracitado.

Documentos escritos como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e a *Bill of Rights* (1689), todos ingleses, também contribuíram com a proteção da liberdade dos indivíduos. Mas também não podem ser considerados marcos para os direitos fundamentais, pois, apesar de limitar o poder do monarca, não obrigavam o Estado em relação a seus indivíduos.³⁰ Lembra-se que os direitos previstos nestas e noutras cartas e declarações podem ser considerados direitos estamentais, ou seja, são garantidos somente a uma parte da sociedade, geralmente para a Igreja e para os senhores feudais.³¹

²⁵ *In verbis*: “La nueva expresión, al igual que la de los “derechos fundamentales”, forjada también en este período, revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales”. LUÑO, Antonio Enrique Perez.

Los derechos fundamentales. p. 33.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** p. 43.

²⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales.** p. 33.

²⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos.** São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 82.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** p. 49.

³⁰ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos.** p. 82-83.

³¹ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales.** p. 33.

De direitos estamentais, as liberdades anunciadas nestes textos passam para a categoria de direitos públicos.³² Assim, estes direitos prolongam-se às colônias americanas, inspirando os Estados Unidos da América (como viria a se chamar a colônia inglesa), por volta de 1770, cuja maioria da população era de escravos e índios; por sua vez, os colonizadores nem pensaram em falar sobre direitos humanos “naturais”. Mas nem tudo estava de acordo com os interesses tanto dos Estados Unidos da América (colônia), quanto da Inglaterra (colonizadora). Havia discordâncias entre os dois países quanto às medidas mercantis e tributárias consideradas lesivas aos interesses comerciais e financeiros dos colonos. Tais contratemplos iniciaram o movimento pela independência.

Alguns protestos aconteceram e foram reprimidos como, a título de exemplo, o “Massacre de Boston”, em março de 1770, quando cinco norte-americanos foram mortos por estar num protesto de boicote aos produtos ingleses. Os norte-americanos se mostravam indignados com as imposições que sofriam da Inglaterra, o que levou o governo britânico a impor ordem em sua colônia. Porém, tal tentativa culminou com a guerra de independência dos Estados Unidos (abril de 1775 a setembro de 1783), que foram apoiados pela França e pela Espanha (rivais da Inglaterra). Com efeito, foram proclamadas as primeiras declarações: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776) e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (adotada na Convenção de Filadélfia, 1776). Assinala-se que estas incorporaram as declarações já feitas no século XVII pela Inglaterra. Ingo Wolfgang Sarlet considera este o marco inicial dos direitos fundamentais, porquanto vinculava todos os poderes públicos e afirmava sua preeminência normativa.³³ Lembra o autor, contudo, que o caráter de direito fundamental formal somente acontecerá em 1791, com as constituições americana e francesa.³⁴

Já na França, no final do século XVIII, apesar de as relações capitalistas fervilharem por toda a Europa, ainda persistiam muitos laços do feudalismo. A estrutura social se tornara complexa, contudo a população continuava dividida em três estados (clero, nobreza e os plebeus livres em geral, incluindo a burguesia). As relações sociais capitalistas de produção elevavam-se à categoria dominante, dando um novo sentido à dinâmica social, enquanto o absolutismo monárquico e o feudalismo foram sendo questionados pela população francesa, havendo uma inclinação, por parte de alguns do terceiro estado, para a derrubada deste regime.³⁵

³² LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 35.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 52.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 52.

³⁵ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 43-51.

Concomitantemente à crise social, a França também passava por crises fiscal e institucional na década de oitenta, século XVIII. Estes aspectos resultaram em inúmeros conflitos, sendo a Queda da Bastilha o mais importantes deles, em 14 de julho de 1789, marcando o fim do absolutismo.³⁶ Destarte, em 1789, outorgou-se a primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e, em 1791, a Constituição, norteadas pelos princípios da liberdade, propriedade, segurança e igualdade (esta última concernia à igualdade jurídica, ou seja, igualdade perante a lei e o fisco).³⁷

A Declaração dos Direitos do Homem, assim como a Constituição francesa, silenciaram sobre o sufrágio universal, a igualdade sobre os sexos, a escravidão, o direito ao trabalho, entre outros. Os temas da Declaração foram selecionados conforme os interesses e conveniências dos legisladores burgueses. Quanto à liberdade econômica, que também não aparecia na declaração, estava implícita para a burguesia, apesar de as massas populares estarem ainda atreladas ao antigo regime. Concluindo, a Declaração foi um manifesto contra a sociedade de privilégios, no entanto não era a favor de uma sociedade democrática, ou mesmo igualitária.³⁸

Conforme José Damiano de Lima Trindade, os direitos humanos já tinham esgotado o que havia para oferecer à sociedade: a igualdade civil e a liberdade individual. Porém, deixaram a população insatisfeita, pois esta havia sonhado com maiores mudanças, ou melhor, mudanças que a beneficiassem efetivamente. Dessa maneira, os avanços que eram esperados quase não aconteceram, e a igualdade social, tão desejada, não passou de sonho. As mulheres, que também tentaram reivindicar sua igualdade perante os homens, acabaram na guilhotina.³⁹

Acontecimentos mais recentes também foram importantes para o avanço dos direitos fundamentais, tais como a Constituição mexicana de 1917, considerada a mais desenvolvida do sistema capitalista da época, pois não só se preocupou com os direitos civis e políticos, como também progrediu quanto aos direitos dos trabalhadores. Outro acontecimento marcante dos direitos fundamentais foi a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, que reflete a transição do Estado liberal para o Estado social.⁴⁰

Devido ao trágico obstáculo, nos anos de 1930, sofrido pelos direitos humanos e fundamentais com o aparecimento do nazismo na Alemanha, abriu-se espaço para a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, constituída por 51 países. Em 10 de

³⁶ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 49.

³⁷ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 53-59.

³⁸ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 57.

³⁹ TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. p. 53-59.

⁴⁰ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 40.

dezembro de 1948, foi aprovado o projeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em 1966, foi completada com mais dois pactos e, entre 1945 e 1990, mais dez documentos foram ratificados, formando, assim, um “sistema global de proteção aos direitos humanos, documentos, todos eles, ratificados pelo Brasil”.⁴¹ Ressalta-se que as declarações, tratados e pactos que tratam sobre direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil se equiparam a direitos fundamentais, conforme artigo 5º, § 2º da Constituição de 1988.⁴²

A partir deste breve histórico sobre os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que estes podem ser considerados como uma contínua reivindicação das pessoas conforme a contextualização histórica trazida aqui. Acrescente-se que o desenvolvimento da noção de direitos humanos na história significa, ao mesmo tempo, a evolução no significado das palavras dignidade, pessoa e humana. Estes dois conceitos são percebidos em conjunto, porque a modificação e a conseqüente abrangência dos direitos humanos provêm do descontentamento da humanidade sobre os direitos que já possuíam. Assim, a inclusão de mais direitos é resultado da insatisfação humana e de sua incessante busca pela felicidade.⁴³

2.3 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Como se verificou, os direitos humanos e os direitos fundamentais passaram por diversas transformações com o passar dos séculos. Por meio de lutas sociais, os indivíduos foram conquistando mais direitos, o que significa afirmar que houve abrangência desses direitos num processo histórico sucessivo, todavia não exclusivo. Ou seja, os direitos humanos e fundamentais foram sendo conquistados de modo cumulativo.

Torna-se importante tal menção, haja vista as diferenças existentes no âmbito terminológico. Há autores que utilizam o termo “gerações”, como Norberto Bobbio e Gilmar Antonio Bedin, ou o termo “dimensões”, como Ingo Wolfgang Sarlet (há também outras expressões, tais como “etapas” e “fases”, mas aqui não se aprofundará este impasse

⁴¹ GORENDER, Jacob. **Direitos humanos**: o que são (ou o que deveriam ser). São Paulo: Senai, 2004. p. 24.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Art. 5º [...]. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.

⁴³ ULYSSÉA, Renata Caetano Góes. **A dignidade da pessoa humana e a globalização neoliberal**. p. 30.

terminológico). No presente estudo, utilizar-se-á a expressão “dimensões”, conforme utilizado por Ingo Wolfgang Sarlet.

O termo “dimensões” remete à idéia de processo sucessivo e cumulativo, diferentemente das outras denominações, que dão a idéia de início e fim de determinados direitos para que dêem lugar a outros, isto é, à outra geração. Embora se observem disparidades terminológicas, destaca-se que há convergência entre os autores sobre tais etapas.

Diversos são os autores que tratam do tema das dimensões dos direitos humanos. Diante deste fato, atrelar-se-á às considerações elaboradas por Gilmar Antonio Bedin e Ingo Wolfgang Sarlet. O primeiro autor embasará uma breve abordagem sobre os direitos humanos em geral, sem ater-se à fundamentalidade de tais direitos. Quanto ao segundo, far-se-á uma abordagem mais aprofundada, porque se discutirá sobre as dimensões de tais direitos.

Gilmar Antonio Bedin fala em direitos do homem e os conceitua como sendo divididos em direitos civis, direitos políticos, direitos econômicos e sociais e, por fim, direitos de solidariedade.

Os direitos civis, ou direitos de primeira geração, surgiram com as primeiras declarações de direitos, quais sejam, a Declaração da Virgínia em 1776 e a Declaração da França em 1789. A principal característica dessas declarações é a separação que fazem entre a esfera pública e a esfera privada (sociedade civil). Foi desta visão que iniciou a estrutura do pensamento liberal e democrático, fundamentais à conseqüente organização do Estado moderno. Tais declarações representam direitos negativos, ou seja, contra o Estado, pois não permitem que este se intrometa na vida privada de seus cidadãos.⁴⁴ São direitos civis: as liberdades físicas (direito à vida, à liberdade de locomoção, à segurança individual, à inviolabilidade do domicílio, a direitos de reunião e de associação); as liberdades de expressão (liberdade de imprensa, direito à livre manifestação do pensamento e ao sigilo de correspondência); as liberdades de consciência (filosófica, política e religiosa); o direito de propriedade privada (direito reconhecido em várias declarações, salvo na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918); os direitos da pessoa acusada (princípio da reserva legal, presunção de inocência e do devido processo legal); e, por fim, as garantias dos direitos (direito de petição, direito ao *habeas corpus* e direito ao mandado de segurança).

Os direitos políticos, de segunda geração, foram se concretizando no decorrer do século XIX. Ao contrário do primeiro tipo de direito, os direitos políticos são considerados direitos positivos, isto é, direito de participar na formação do poder político do Estado. São

⁴⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 43-56.

direitos políticos: direito ao sufrágio universal; direito de constituir partidos políticos; direito de plebiscito, de referendo e de iniciativa popular.⁴⁵

Os direitos econômicos e sociais surgiram no início do século XX, influenciados pela Revolução Russa, pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1932, e são considerados como direitos de crédito, ou melhor, “os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos, particularmente dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social”.⁴⁶ Ou seja, são direitos que se concretizam por meio do Estado. Percebe-se a diferença quanto às duas primeiras gerações de direitos (civis e políticos), que possuem sua gênese no pensamento liberal e democrático, enquanto os direitos sociais e econômicos têm origem socialista e compreendem os direitos relativos ao homem trabalhador e os direitos relativos ao homem consumidor.⁴⁷

Os direitos do homem trabalhador subdividem-se em direitos individuais dos trabalhadores, que significa direito à liberdade de trabalho, direito ao salário-mínimo, direito à jornada de trabalho de oito horas, direito ao descanso semanal remunerado, direito a férias anuais remuneradas, direito à igualdade de salário para trabalhos iguais; e os direitos coletivos dos trabalhadores, que concernem ao direito de liberdade sindical e o direito à greve. Já os direitos relativos ao homem consumidor, referem-se a direito à seguridade social (saúde, previdência social e assistência social às pessoas), direito à educação e direito à habitação.

Por último, os direitos de solidariedade, surgidos no final da segunda metade do século XX, tendo como marco histórico o ano de 1948, compreendem os direitos humanos no âmbito internacional e têm como sujeito o gênero humano. Trata-se de direitos sobre o Estado, característica que acaba por mudar a noção de soberania, que passa a ser “pensada de forma integrada e coordenada em um sistema de jurisdição internacional”.⁴⁸

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁹ argumenta que os direitos fundamentais possuem etapas denominadas de dimensões. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, decorrentes do pensamento liberal-burguês (século XVIII), possuem cunho individualista e marcam a não-intervenção do Estado na liberdade pessoal de seus súditos, assim como o caráter jusnaturalista, tendo em vista alguns direitos, como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à igualdade, decorrendo algumas outras liberdades como a de expressão, a de imprensa, entre outras. Para o referido autor, fazem parte desta dimensão os direitos políticos,

⁴⁵ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. p. 56-61.

⁴⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. p. 62.

⁴⁷ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. p. 63.

⁴⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. p. 73.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 43-68.

ou seja, direito de votar e ser votado, os quais estão estritamente ligados à idéia de democracia. Assim, os direitos civis e políticos, conjuntamente, caracterizam-se como os direitos de primeira dimensão, pois foram os primeiros a serem positivados nas Constituições dos Estados ocidentais liberal-burgueses.⁵⁰

Os direitos de segunda dimensão, referidos aos direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos adquiridos por meio do Estado, oferecendo aos cidadãos (ainda individualmente e não coletivamente) prestações estatais materiais. Os direitos de segunda dimensão, diferentemente dos direitos de primeira baseados na igualdade formal, fundam-se na igualdade material. Tais direitos foram positivados já nas Constituições francesas de 1793 e 1848, como também na Constituição brasileira de 1824, que já trazia direitos de segunda dimensão. Mas somente ganhou força nas Constituições das democracias do século XX, principalmente a partir da segunda grande guerra mundial.⁵¹

Os direitos de terceira dimensão são definidos por Ingo Wolfgang Sarlet como os direitos de solidariedade e fraternidade. Podem ser qualificados como direitos de titularidade difusa, isto é, coletiva. Assim, não mais se prendendo somente ao indivíduo, mas à sociedade como titular, haja vista o novo contexto pós-guerra do século XX, marcado por progressos tecnológicos e pela descolonização dos povos.⁵²

Compreendem-se como direitos de terceira dimensão o direito à paz, o direito ao meio ambiente sadio, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, etc. A partir destes exemplos, percebe-se a distinção dos direitos de terceira dimensão em relação às outras dimensões, devido à necessidade de uma cooperação de toda a sociedade ou mesmo de um ou mais Estados para sua concretização. Ressalta-se que esta nova dimensão de direitos acompanha o caminho trilhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros que traçam as diretrizes da democracia, mostrando que o indivíduo precisa mais do que a garantia das liberdades públicas para obter uma vida digna.⁵³

Os direitos fundamentais de terceira dimensão não foram positivados em algumas constituições democráticas, fazendo parte somente de tratados e pactos internacionais. O Brasil, em compensação, traz, no seu texto constitucional, alguns destes direitos (que se destacam por serem direitos coletivos), como o artigo 225, que trata do direito ao meio ambiente equilibrado como requisito de uma vida sadia e com qualidade, obrigando não só o poder público, mas também a sociedade no dever de preservá-lo.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 55-56.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 56-57.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 58.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 58-60.

Peces-Barba Martínez complementa a caracterização dos direitos fundamentais, trazendo suas linhas evolutivas, que concernem ao processo de desenvolvimento, ou melhor, à gênese dos direitos fundamentais como tais no ordenamento jurídico interno. Para o referido autor, este processo é composto de quatro etapas, envolvendo a positivação, a generalização, a internacionalização e a concreção ou especificação.⁵⁴

A primeira etapa concerne à positivação dos direitos fundamentais, passando a integrar os textos constitucionais. Narbal Antonio Mendonça Fileti afirma que esta característica é relevante por dois aspectos: “pela maior eficácia que passam a ter e pela ideologia contratualista, que vincula poder e Direito”.⁵⁵

A segunda etapa faz referência ao processo de generalização, que traça uma linha histórica antagônica ao reducionismo liberal, assegurando direitos a todos os seres humanos. Tal particularidade amplia a noção de direitos fundamentais, abrindo espaço para o surgimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, que possibilitam a transição do Estado liberal para o Estado social.⁵⁶

A terceira etapa diz respeito ao processo de internacionalização, pela qual os direitos fundamentais passam a ser garantidos não somente entre determinado Estado e seus cidadãos, pois o propósito é proteger a humanidade como um todo e contra qualquer ato arbitrário. Neste sentido, foram criadas diversas declarações, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1948, assim como organizações internacionais, tanto governamentais como não-governamentais, de modo a proteger os direitos humanos.⁵⁷

O quarto processo é o de especificação ou concreção, que considera os titulares dos direitos fundamentais em suas particularidades, isto é, aqueles que necessitam de tratamento especial por sua condição cultural, física ou outras.⁵⁸

Destarte, pela necessidade da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, como também pela ampliação da significação de dignidade humana, é que se busca a ampliação dos direitos, de modo a proteger satisfatoriamente a humanidade. Ao mesmo tempo, existe a luta pelo reconhecimento dos direitos humanos conquistados nas Constituições dos Estados Democráticos, transformando estes em direitos fundamentais.⁵⁹

⁵⁴ MARTÍNEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 154-155.

⁵⁵ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. p. 35.

⁵⁶ MARTÍNEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**. p. 160.

⁵⁷ MARTÍNEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**. p. 173-176.

⁵⁸ MARTÍNEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. p. 180-182.

⁵⁹ ULYSSÉA, Renata Caetano Góes. **A dignidade da pessoa humana e a globalização neoliberal**. p. 30.

2.4 FUNÇÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A constituição de um Estado é decisiva na determinação da função dos direitos fundamentais, pois, além de os positivar, estabelece a forma do Estado e o sistema econômico com o qual a sociedade se compromete. Há a interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, como exposto alhures. Os direitos fundamentais, num Estado de Direito, serão condicionados ao tipo de Estado, determinando, no mesmo sentido, o papel e as funções deste. Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais se apresentam como um complexo normativo, estabelecendo valores objetivos e valores subjetivos, conforme pontificam Ingo Wolfgang Sarlet, Antonio Enrique Perez Luño, Robert Alexy, entre outros.

2.4.1 Função objetiva

A função objetiva dos direitos fundamentais abrange as normas constitucionais formais direcionadas ao Poder Público, fornecendo, no âmbito dos poderes legislativo, executivo e judiciário, suas diretrizes para a construção de uma sociedade democrática. Conforme destaca Antonio Enrique Perez Luño, “sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao Direito” (tradução livre da autora da monografia).⁶⁰

Constata-se que a função objetiva pode ser caracterizada em dois sentidos: um, correspondente à normatização de direitos fundamentais subjetivos, e, outro, impondo deveres ao Poder Público, de modo a realizar tais direitos. Concedem-se direitos aos indivíduos e, objetivamente, retiram-se estes direitos do Estado. Ingo Wolfgang Sarlet assegura que “estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo”⁶¹, por isso afirma o autor que o

[...] significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da

⁶⁰ *In verbis*, “[...] su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que La mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho”. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 21.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 170.

esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra também protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído e desde sua origem determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.⁶²

Torna-se importante destacar que, ao mesmo tempo em que se restringe o poder estatal por meio dos direitos fundamentais, vincula-se um com a eficácia do outro. Destarte, há uma norma dirigida ao Estado, obrigando-o a consolidar e cumprir os direitos fundamentais que garante.⁶³ Contudo, alerta-se que não somente o poder estatal fica limitado e vinculado aos direitos humanos. Os efeitos abarcam também as relações privadas e, até mesmo, as ações provenientes de Estados alienígenas.

Conclui-se que a função objetiva dos direitos fundamentais possui extrema importância, pois serve como fundamento para a criação de novas funções. Como lembra Sarlet, “permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação”.⁶⁴ Possibilidade esta provocada pela transição do Estado liberal para o Estado de Direito Democrático (de cunho social).

2.4.2 Função subjetiva

A palavra subjetivo traz a idéia de algo relativo ao sujeito, existente e pertencente a este. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais subjetivos devem ser considerados e analisados em sentido amplo para que não haja confusões ou reduções aos clássicos direitos de liberdade.⁶⁵

Consoante esta afirmação, importante frisar o ensinamento de Antonio Enrique Perez Luño ao afirmar que os direitos fundamentais, no plano subjetivo, atuam como garantia da liberdade individual, seu papel clássico, sendo que une, atualmente, defesa de características subjetivas no plano coletivo e social. O autor demonstra que os direitos

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 169-170.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 171.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 176.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 177.

subjetivos são direitos dos indivíduos em sentido estrito, garantindo-lhes uma existência digna, e fazem parte de um ordenamento jurídico objetivo com o Estado de Direito Social.⁶⁶

Ingo Wolfgang Sarlet já adianta que as diferentes facetas encontradas nos direitos fundamentais de cunho subjetivo trazem problemas à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.⁶⁷

O grau de exigibilidade também se associa à noção de direito subjetivo, exprimindo a idéia de que o direito fundamental pode ser reclamado judicialmente em função de um direito legítimo. Igualmente, poderá requerer perante o poder judiciário que se cumpram as liberdades e as ações positivas e negativas que lhes são garantias fundamentais.⁶⁸

O referido autor salienta que a doutrina moderna tem se posicionado no sentido de entender os direitos fundamentais subjetivos prevalentes aos que possuem função objetiva. Constata-se que este entendimento vem cunhado nas premissas de que o direito subjetivo fundamental protege o indivíduo, sendo que o direito objetivo reforçaria a proteção dos direitos individuais. Tem-se que a realização de um direito fundamental subjetivo torna-se mais importante do que sua mera objetivação, haja vista que a previsão legal não necessariamente leva à concretização.⁶⁹

2.5 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No mesmo sentido da construção supramencionada, doutrinariamente se fez a classificação dos direitos fundamentais. A partir dos aspectos destacados das funções subjetiva e objetiva, nota-se que estas apresentam em si uma multifuncionalidade. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que já houve quem as separasse, elencando doze funções.⁷⁰ Relembra a teoria de Georg Jellinek, na obra *System der subjektiv öffentlichen Rechte*, denominada teoria dos *status* que já afirmava sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais.⁷¹

Georg Jellinek dividia os *status* em quatro: o *status* passivo (ou *status subiectionis*), o *status* negativo (ou o *status libertatis*), o *status* positivo (ou *status civitatis*) e o *status* ativo do cidadão (ou *status activus*). O indivíduo teria determinado *status*,

⁶⁶ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 25.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 176.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 179.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 180.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 181.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 182.

dependendo do contato estabelecido com o Estado. Robert Alexy justifica tal compreensão, afirmando que Jellinek entendia que o *status* “tem como conteúdo o ‘ser’ e não o ‘ter’ jurídico da pessoa”.⁷²

Apropriando-se da explicação elaborada por Robert Alexy, compreende-se como *status* passivo o modo como o indivíduo se sujeita ao poder que o Estado exerce sobre ele, por meio de obrigações e proibições. O *status* negativo concerne às liberdades individuais, que seriam, de acordo com Georg Jellinek (*apud* Robert Alexy), “ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado”⁷³, de modo que não surtam efeitos relevantes ao Estado; trata-se de faculdades individuais. O terceiro se refere ao *status* positivo, segundo o qual o Estado garante aos indivíduos que utilizem de suas instituições para fazer valer alguma garantia (ações positivas, direito a alguma coisa). Por último, há o *status* ativo, que possibilita ao indivíduo a capacidade de atuar para além de suas atribuições naturais, ou seja, trata-se da competência atribuída aos indivíduos num Estado e para participar deste Estado.

Alguns aspectos da teoria dos *status*, proposta por Georg Jellinek, cujo objeto é a estrutura formal em que o cidadão é inserido juridicamente, são considerados por Robert Alexy, como um exemplo em relação à construção da classificação sobre os direitos fundamentais, embora possua algumas deficiências, tal como no *status* negativo, em que as constituições modernas influenciam o legislador. Embora objeto de muitas críticas, esta classificação serviu de parâmetro para outras classificações. A escolhida no presente momento é alçada na proposta de Ingo Wolfgang Sarlet.⁷⁴

Justifica-se que o problema da classificação

[...] não se revela destituído de importância para a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que por meio da classificação é possível obter não apenas uma visão global e sistemática sobre o conjunto dos direitos fundamentais, mas também parâmetros objetivos para sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo a determinação do regime jurídico aplicável.⁷⁵

Será, neste sentido, que se abordará a classificação dos direitos fundamentais, tendo como base as peculiaridades da Constituição brasileira. Verifica-se, de início, que a referida Carta Magna tratou, em seu texto, tanto dos direitos com função objetiva, quanto com função subjetiva. Como já mencionado alhures, dentro destas duas funções, encontram-se outras tantas, retratando a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, divididos em direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações, e ainda, subdivididos por Ingo Wolfgang Sarlet em direitos a prestações em

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 258.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 189.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 185-186.

sentido amplo (cabendo a subdivisão em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e em sentido estrito.⁷⁶

Cumprido ressaltar que os critérios utilizados para esta classificação não levaram em conta as expressões utilizadas pelo Constituinte, mas sim o que os direitos pretendem garantir aos indivíduos. Deste modo, alguns direitos ficarão aparentemente deslocados, isto é, há direitos que estão no rol de direitos sociais, mas, no entanto, são direitos negativos de defesa, por exemplo. No mesmo sentido, salienta-se que alguns direitos possuem mais de uma função simultaneamente.

2.5.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

Os direitos fundamentais como direitos de defesa são enfatizados por constituir garantia de liberdade, igualdade e propriedade contra o Estado. Percebe-se a característica liberal ainda presente na Constituição contemporânea, mais especificamente delimitada como direitos de primeira dimensão, isto é, direitos negativos. Estes direitos limitam o poder estatal sobre seus cidadãos, garantindo liberdades individuais (direito subjetivo) e comportam o *status libertatis* e o *status negativus*. Conforme analisa Sarlet, isto significa

[...] uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.⁷⁷

Neste sentido, compreendem-se os direitos contra o Estado com dupla função, de modo que o poder estatal não possa intrometer-se na vida pessoal dos indivíduos, agredindo-os materialmente, nem introduzir, formalmente, normas que ataquem as liberdades individuais.

No que tange ao direito de igualdade, inclui-se este como direitos fundamentais por prescindir ingerências discriminatórias por parte do Estado e dos outros indivíduos. Deve-se respeitar o indivíduo, não impondo tratamento desigual.⁷⁸ Nestes mesmos termos, incluem-se na tipologia, além de garantias fundamentais individuais e coletivas, alguns direitos sociais e direitos políticos.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 195.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 196.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 198.

Os direitos e garantias na Constituição brasileira se distinguem em individuais e coletivos. Os direitos individuais estão, em sua grande maioria, taxados no rol do artigo 5º da Constituição brasileira, característicos dos direitos de primeira dimensão. Destacam-se por serem, em sua maioria, direitos de liberdade. Mas, não podem os direitos individuais ser confundidos ou igualados aos direitos de liberdade, sendo o aspecto mais importante para sua compreensão a proibição de interferência do Estado. Às vezes, segundo alerta Ingo Wolfgang Sarlet, alguns direitos aparecem como se fossem coletivos, todavia não passam de direitos individuais com expressão coletiva. São exemplos destes direitos os previstos nos incisos XVI, XVII, XVIII XIX, XX, XXI do artigo 5º da Constituição supracitada. Já os direitos coletivos seriam os direitos de terceira dimensão, como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, entre outros, que não estão descritos no artigo 5º, mas, sim, em outros artigos da Constituição como o artigo 3º, inciso II, artigo 4º, incisos III e VI, artigo 225, etc. Conclui-se que nem todo direito individual e coletivo se encontram no artigo 5º da Constituição (Título II, Capítulo I), que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, podendo haver tais direitos fora desse rol.⁷⁹

Os direitos sociais, conforme dispõe o artigo 6º da Constituição brasileira, referem-se à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, maternidade e infância, e assistência aos desamparados. Estes direitos geralmente estão ligados aos direitos de prestação, porém nem todos abrangem esta função, como se percebe com os incisos XIII, XIV, XXVI, XXIX, XXX, XXXIII, XXXIV do artigo 7º, com o artigo 8º e com o artigo 9º, que são típicos exemplos de direitos de defesa e não se restringem aos direitos de liberdade propriamente ditos.⁸⁰

Os direitos políticos possuem íntima ligação com os direitos da nacionalidade e da cidadania. Tal fato se torna verdadeiro, haja vista que a Constituição brasileira primeiro dispõe sobre nacionalidade para depois dispor de direitos políticos, sendo que estes se restringem ao nacionais (mas também nem todos os nacionais). No Brasil, os direitos políticos se remetem à participação na formação do Estado (soberania popular e voto secreto e direto) e se enquadram como direitos de defesa, pois tratam das liberdades inerentes aos indivíduos.⁸¹

Percebe-se, portanto, que alguns direitos fundamentais são considerados como direitos de defesa, mesmo não estando elencados nos incisos do artigo 5º, que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos. A Constituição brasileira não possui uma organização exata e clara, pela qual se possa identificar a função preponderante de

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 200.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 203.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 207.

determinado tipo de direito. Assim sendo, os direitos de defesa, caracterizados pela não-intervenção nas liberdades individuais, ou mesmo coletivas, podem ser encontrados em diferentes lugares do texto constitucional.

2.5.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações

Além da não-interferência estatal nas liberdades individuais, aparecem no texto constitucional direitos e garantias que implicam uma atitude do Estado, reportando à idéia do *status positivus* de Georg Jellinek. Deste modo, faz-se referência aos direitos de segunda dimensão, marcados pela transição do Estado liberal-burguês para o Estado social.⁸²

Para que se realizem as liberdades individuais, não somente a não-intervenção do Estado ou mesmo a positivação de normas se fazem necessárias. Importante, de igual modo, são os meios que possibilitem tal realização, nem sempre dados socialmente aos indivíduos. Destarte, o Estado deve intervir em algumas esferas da vida privada de seus indivíduos para que possam ter condições de vida digna, isto é, caracterizam direitos positivos.⁸³

O Estado deve permitir, por meio de serviços de assistência pública ou por meio de melhorias nas condições sociais, que seus indivíduos tenham oportunidade de se desenvolver dignamente. Na atual Constituição, os direitos denominados sociais mereceram um capítulo próprio. Mas, também, pode-se encontrá-los fora deste rol, como, por exemplo, no artigo 5º, inciso XXXV e LXXIV, e no artigo 17, § 3º.⁸⁴

Robert Alexy⁸⁵ divide os direitos a prestações em três, sendo que os direitos a prestações *lato sensu* abrangem, a um, os direitos à proteção, que concernem à proteção estatal em relação a terceiros; a dois, os direitos à organização e ao procedimento, tendo como destinatário principal o legislador; e, enfim, a três, os direitos a prestações em sentido estrito, compreendendo os direitos sociais com ações positivas por meio do Estado. Contudo, deter-se-á à divisão elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet⁸⁶, que, embora faça sua separação em duas categorias (direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito), embasou sua teoria em Robert Alexy.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 216.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 216.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 216.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 442-446.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 220.

2.5.2.1 Direitos a prestações em sentido amplo

Os direitos fundamentais como direitos a prestações em sentido amplo decorrem das funções do Estado na organização e procedimento dirigidos na proteção dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Conforme estabelece Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos à proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento.⁸⁷

Assim, os direitos referidos concernem às prestações que não são fáticas por meio do Estado, verificando-se a semelhança entre este tipo com o direito de defesa, assim como com o direito à prestação em sentido estrito.⁸⁸

Distinguem-se os direitos a prestações em sentido amplo dos direitos de defesa e dos direitos a prestações em sentido estrito por duas características principais. Uma concerne à proteção em relação aos outros indivíduos (não só em relação aos poderes estatais), que se dá por meio de normas penais, atos administrativos, etc. Assim, há a existência de um direito fundamental, e o Estado prevendo ou verificando ameaça a este, age de modo a garantir o direito fundamental resguardado em princípio. Verifica-se que tal processo compete à discricionariedade do Estado, o que significa dizer que a eficácia de determinado direito depende dele.⁸⁹

A outra característica se refere à dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais (ainda dentro dos direitos como prestação em sentido amplo). Estes se encontram vinculados à perspectiva objetiva, servindo para estabelecer as normas de participação no procedimento e na organização dos direitos fundamentais, que acabam por facilitar a realização, ou melhor, a efetivação dos direitos fundamentais de maneira organizada socialmente.⁹⁰

Ingo Wolfgang Sarlet faz tal constatação e a complementa dizendo que “os direitos fundamentais, para além de outorgarem legitimidade ao Estado Democrático de Direito, possuem um caráter democrático que, no contexto da dimensão organizatória e procedimental, se manifesta justamente no reconhecimento de uma democracia com elementos participativos”.⁹¹

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 221.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 215-239.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 223-229.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 223-229.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 227.

Nesta classificação dos direitos fundamentais como direitos a prestações *lato sensu*, verifica-se sua importância, principalmente na esfera infraconstitucional, para que os direitos fundamentais tenham sua efetividade garantida por meio de estruturas organizadas.

2.5.2.2 Direitos a prestações em sentido estrito

Os direitos fundamentais como direitos a prestações em sentido estrito tratam das relações fáticas entre os indivíduos e a sociedade. Assim, o Estado se compromete com seus cidadãos por meio de prestações materiais aos indivíduos que não possuem condições suficientes para ter uma vida digna.⁹²

Estes direitos trazem a igualdade material, diferentemente da formal, que é aquela atrelada à lei. A igualdade material trata os desiguais de forma desigual e na proporção de suas desigualdades, para se alcançar a verdadeira igualdade. Cabe ao Estado a tarefa de diminuir as desigualdades sociais, atingindo a “liberdade e a igualdade [que] são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais”.⁹³ Todavia, não somente o Estado deve atrelar-se a esta finalidade, como também outros atores, por exemplo, os empregadores, conforme o artigo 7º da Constituição brasileira.

Conforme já visto, os direitos sociais não formam um grupo homogêneo na Constituição brasileira, podendo aparecer como direitos prestacionais (direitos positivos) e direitos de defesa (direitos negativos). Apesar desta heterogeneidade dos direitos sociais, cabe ressaltar que não há uma maior importância de uma função em detrimento de outra. Todos são direitos fundamentais.⁹⁴

Conclui-se, diante dessas breves considerações, que os direitos fundamentais podem ser multifuncionais, destacando-se as funções positivas e negativas. O direito à moradia é um exemplo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, mostrando-se ora como direito positivo, quando o Estado se compromete com prestações materiais (artigo 6º da Constituição de 1988), e ora como direito negativo, quando garante a inviolabilidade do lar (artigo 5º, inciso XI da Carta Magna).

A partir desta introdução sobre, principalmente, o conceito, o histórico e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, abordar-se-ão os direitos sociais, como

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 229.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 230.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 229-239.

direitos fundamentais. Para tanto, utilizar-se-á a classificação elaborada no presente capítulo, a fim de que, posteriormente, verifique-se a aplicabilidade do princípio da máxima efetividade aos direitos sociais fundamentais.

3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Diante das considerações acerca do tema dos direitos fundamentais, os direitos sociais se mostram relevantes contemporaneamente, pois sua inserção na sociedade se deu por meio de lutas e da necessidade de buscar o ideal de dignidade humana. Lembra-se que os direitos sociais, conforme visto brevemente alhures, são direitos fundamentais. Na Constituição brasileira, encontram-se no Título II do Capítulo II, que trata dos direitos sociais dentro dos direitos e garantias fundamentais.¹

Apesar de estarem inseridos na Constituição de forma expressa, considera-se importante analisar o que significa a expressão “direitos sociais” e entender como e quando foram inseridos nas constituições democráticas, especialmente na brasileira, de modo a compreender suas principais características, justificando a fundamentalidade de tais direitos.

3.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais positivados nas constituições democráticas a partir das Constituições mexicana e de Weimar (alemã), de 1917 e 1919, respectivamente. Nota-se que os direitos fundamentais sociais podem ser compreendidos em sentido amplo, fazendo parte desta expressão não só os direitos sociais propriamente ditos, mas também os direitos econômicos e culturais.²

Tais direitos ingressaram no processo histórico dos direitos humanos e dos direitos fundamentais cronologicamente após os direitos civis e políticos, encontrando-se inseridos, deste modo e conforme classificação elaborada anteriormente com base na teoria de Ingo Wolfgang Sarlet, nos direitos de segunda dimensão.³ Eles asseguram a participação dos indivíduos, inseridos ou não em seus grupos, nas esferas da vida social, política, econômica e cultural, garantindo, assim, a concretização da democracia.⁴

Conforme analisado outrora, os direitos sociais podem ser entendidos tanto no sentido objetivo quanto no sentido subjetivo. Como direito com função objetiva,

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

² MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 166.

³ Ver item 2.3 do presente estudo.

⁴ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 183.

comprometem o Estado, por meio de um conjunto de normas, a equilibrar as desigualdades sociais. Como direitos com função subjetiva, concernem aos direitos de crédito, ou melhor, ações positivas que devem ser realizadas pelos poderes públicos.⁵ Todavia, não só prestações por meio do Estado caracterizam os direitos sociais, antes inserem-se como direitos sociais a prestações, que devem ser realizados por particulares, como os direitos dos trabalhadores.⁶

Importante ressaltar que nem todas as ações positivas proporcionadas pelo Estado são direitos sociais. Paulo Gilberto Cogo Leivas afirma que são “direitos fundamentais prestacionais em sentido amplo” e dá como exemplo as atribuições procedimentais e organizacionais dadas ao Estado.⁷

Desse modo, o referido autor entende que deva ser imputado ao conceito de direitos sociais um elemento específico, que denomina de “fático”, isto é, os direitos sociais compreendem direitos a ações estatais determinadas, relativas a determinados direitos, e possuem como sujeito final o indivíduo, o qual somente terá tal direito se não conseguir alcançar por meios próprios.⁸ Assim, faz o autor a seguinte definição de direitos sociais:

Eles são, sem sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer na[s] mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.⁹

José Afonso da Silva leciona que os direitos sociais têm fundamental importância para a realização das liberdades e igualdades individuais, pois, à medida que há diminuição das desigualdades sociais por meio de realizações materiais aos indivíduos, aproxima-se mais da igualdade material e da liberdade.¹⁰ Conceitua José Afonso da Silva, portanto, os direitos sociais como “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”.¹¹

Constata-se que o conteúdo dos direitos sociais é uma prestação, ou seja, uma ação positiva. Este crédito deverá ser imputado a alguém, quer aos poderes públicos, quer a outros particulares, e deverá, por fim, estender-se aos indivíduos que não possuam as condições necessárias de efetivá-lo, seja por fazer parte do lado mais fraco de uma relação

⁵ Ver item 2.4.

⁶ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Bahia: JusPodivm, 2008. p. 75.

⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 88.

⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 88.

⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. p. 89.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. p. 286.

(como os direitos trabalhistas), seja pela ausência de meios financeiros (como o direito à educação).¹²

Gregorio Peces-Barba Martínez alerta para a dificuldade teórica de classificação e identificação dos direitos sociais que abrangem, além destes, os direitos econômicos e culturais, por isso os direitos sociais, econômicos e culturais nem sempre serão direitos de crédito. Existem direitos econômicos, por exemplo, que não são direitos sociais, como o direito à propriedade, que é um direito de primeira dimensão, assim como há direitos prestacionais que não são direitos econômicos, como o direito à educação.¹³

Os direitos sociais distinguem-se da primeira dimensão¹⁴ ou das primeiras gerações¹⁵ por não aparecerem cronologicamente, nem possuir conteúdo, objetivo e estrutura semelhantes àquelas. Os direitos civis e políticos correspondiam ao Estado liberal. Os direitos sociais, econômicos e culturais foram construídos historicamente após os direitos civis e políticos, datando do século XX (conforme se verificará no próximo item) e correspondem ao Estado social.¹⁶

Gregorio Peces-Barba Martínez leciona que os direitos sociais, econômicos e culturais iniciam-se pela desigualdade social marcada pela má distribuição de riquezas, bem como de propriedade. Nesse sentido, os indivíduos não conseguem satisfazer suas necessidades básicas, haja vista não possuírem os meios necessários para tal.¹⁷ Conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana não se concretiza, tornando as mazelas individuais problemas sociais mais amplos. O referido autor afirma que “esta situação pode lhes dificultar seriamente a alcançar o nível de humanidade mínimo para considerar-lhes como pessoas e, conseqüentemente, usar e desfrutar plenamente dos direitos individuais, civis e políticos” (tradução livre da autora da monografia).¹⁸ Se assim fosse, os direitos de primeira dimensão ou as primeiras gerações de direitos não passariam de mera garantia formal, ou seja, transformar-se-iam em letra morta.¹⁹

¹² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Cuadernos “Bartolomé de las casas”. Madrid: Dykinson, 1999. p. 60.

¹³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 60.

¹⁴ Conforme classificação de Ingo Wolfgang Sarlet.

¹⁵ Primeiras gerações conforme classificação exposta por Gilmar Antonio Bedin. Faz-se tal referência, pois Gregório Peces-Barba Martínez faz a mesma diferenciação, sendo que a primeira geração concerne aos direitos individuais e civis, a segunda geração aos direitos políticos e, por fim, a terceira geração, que compreende os direitos sociais, econômicos e culturais. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 61.

¹⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 61.

¹⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 64.

¹⁸ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 64: “Esta situación les puede dificultar seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo para considerarse como personas y, consiguientemente, usar y disfrutar plenamente de los derechos individuales, civiles y políticos.”

¹⁹ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 64.

A finalidade principal desta categoria de direitos concerne à convivência comum de pessoas que possuem meios suficientes de sobrevivência social, com aquelas que não as possuem. Não se trata, portanto, somente de garantir direitos ou proteger os cidadãos, ou mesmo de permitir que estes façam parte do Estado. Os direitos sociais aparecem como ações positivas; impõem discriminações positivas para que se alcance a igualdade material. Chegar-se-ia, por conseguinte, à igualdade material, assim como à universalidade (não se comparando, todavia, à igualdade e à universalidade propagadas pelo direito natural).²⁰

João dos Passos Martins Neto ressalta algumas características dos direitos sociais inscritos na Constituição brasileira de 1988. Afirma que estes são escritos no texto que trata dos direitos e garantias fundamentais (Título II), mencionando-os no artigo 6º, que é formado por duas partes: uma concerne à transcrição de uma norma básica, e a outra concerne à cláusula de reserva, ou seja, a uma observação.²¹ Assim, o artigo 6º é composto pela menção dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados), e pela ressalva de que a Constituição ainda tratará de tais direitos.²²

A Constituição não trata de situações específicas, mas somente traz à baila um dos gêneros dos direitos fundamentais, qual seja, o direito social, ressaltando que, dentro deste, existem outros mais específicos. Para o referido autor, estes direitos específicos “longe de constituírem *famílias monotípicas*, são suscetíveis de decomposição em uma série de espécimes singulares, cada qual com a sua identidade própria” (destaques do autor).²³

A Constituição trata, em outros artigos, as singularidades trazidas dentro de cada subgênero dos direitos sociais, como, por exemplo, a alusão ao direito à educação no artigo 6º e sua garantia por meio do Estado no artigo 208, inciso I, ambos da CRFB/1988. Relevante considerar, destarte, que há óbice aos direitos sociais por meio de uma “cláusula de reserva” à norma constitucional.²⁴ Significa dizer que, ao longo da Constituição, serão estabelecidos quais os sujeitos dos direitos estabelecidos no *caput* do artigo 6º da Carta Magna, bem como o modo pelo qual tais direitos serão postos em prática.²⁵

João dos Passos Martins Neto pontifica que, com esta “cláusula de reserva”, “a Constituição lança uma contundente advertência: os *direitos sociais* não são imunes a

²⁰ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 65.

²¹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 168.

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 169.

²⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 170.

²⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 170.

delimitações” (destaques no original).²⁶ Todavia, apesar de fazer tal afirmação, o autor deixa claro que não significa dizer que todos terão direitos a qualquer coisa, independente de sua situação social.²⁷

Assim, os direitos sociais, diferentemente do disposto no Capítulo I do Título II sobre as direitos e deveres individuais e coletivos, foram transferidos para “fora do catálogo”, somente especificando, no artigo 7º, os direitos dos trabalhadores. Os outros direitos sociais se encontram afastados de seu título, localizando-se entre os Títulos VII e VIII, que tratam da Ordem Econômica e Financeira e da Ordem Social, respectivamente.²⁸

3.2 HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais tiveram sua gênese atrelada às modificações que estavam em processo nos séculos anteriores às revoluções francesa e industrial. Após as transições que estas trouxeram, bem como os ideais propostos com o capitalismo, notou-se que somente as liberdades individuais e os direitos políticos não asseguravam o princípio da igualdade (pois ainda focavam a igualdade formal), nem o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹

Percebeu-se que as propostas encabeçadas por tais revoluções previam liberdades aos indivíduos, todavia acabavam por não abarcar a maioria da sociedade, que se via obrigada a se submeter às “leis” impostas pela ética capitalista.³⁰ Viu-se, portanto, a inutilidade praticada pelos primeiros direitos humanos e fundamentais (direitos civis e políticos), em face da sua não-concretização para toda a sociedade.³¹

Não havia previsão específica sobre os indivíduos que conviviam em desigualdade, havendo somente prescrições sobre a igualdade de direitos entre todos. Nesse sentido, as relações entre capital e trabalho foram as mais determinantes do período. Com a divisão social do trabalho, a burguesia passou a ser proprietária dos meios de produção, o que, conseqüentemente, originou o trabalho alienado e o não reconhecimento do próprio homem

²⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 170.

²⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 170.

²⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 172.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 52.

³⁰ Ética capitalista consiste na redefinição da expressão utilizada por Max Weber em sua obra “A ética protestante e o espírito do capitalismo”. Assim, a expressão “ética capitalista” é utilizada para ressaltar a força com que o capitalismo se impõe e se renova, zelando sempre por sua própria sobrevivência.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 52.

trabalhador como produtor de suas obras, que se vê obrigado a vender sua força de trabalho para a classe burguesa, transformando-a, assim, em mercadoria.³²

Os processos econômicos implicaram a transformação do mundo ocidental moderno. No sistema capitalista, as mercadorias não são produzidas unicamente para satisfazer necessidades, mas, sim, para a obtenção de lucro por parte do capitalista.³³ Tais condições específicas acarretaram a pauperização do proletariado no século XVIII e início do século XIX.³⁴

A organização da classe trabalhadora suscitou na ampliação dos direitos abrangendo os direitos sociais. As Constituições francesas de 1793 e de 1848, como também a Constituição brasileira de 1824, já se manifestavam sobre os direitos sociais. Todavia, somente com a influência exercida pela Revolução Russa é que houve a positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais na Constituição dos Estados Unidos do México no ano de 1917 e na Constituição de Weimar (alemã) em 1919.³⁵

Importante destacar que as liberdades individuais possuem fundamental importância, haja vista que, sem elas, não haveria possibilidade de lutas sociais. Assim é o pensamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves ao afirmar que “as conquistas dos direitos sociais, em muitas de suas experiências, foram frutos das lutas de homens e mulheres concretamente inseridos em suas realidade históricas, visando à democratização da própria liberdade”.³⁶

A Constituição dos Estados Unidos do México, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, que possuía influências do anarcossindicalismo, iniciou o processo de positivação dos direitos sociais. Nesse sentido, a referida Constituição foi pioneira em considerar os direitos trabalhistas com *status* de direito fundamental, conforme o artigo 5º e o artigo 123 e respectivos itens.^{37 38} Fábio Konder Comparato afirma que a Constituição mexicana de 1917

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 52.

³³ Para receber seu salário, o tempo de trabalho necessário é inferior ao que ele realmente trabalha. A produção de mais-valia é a regra absoluta deste sistema. Neste sentido, o “objetivo do comprador (*de força de trabalho*) é aumentar seu capital, produzir mercadorias que contêm mais trabalho do que ele paga e cuja venda realiza também a parte do valor obtida gratuitamente”. MARX, Karl. **O Capital**. 4. ed. Livro terceiro, vol. V. São Paulo: Difel, 1985. p. 721. A força de trabalho é a única mercadoria que possui determinado valor e é capaz de produzir algo a mais que seu próprio valor. Origina-se, assim, o lucro do capitalista e, em contrapartida, a exploração do proletariado. Ou seja, o proletário existe para que os valores deste sistema se reproduzam e não para que o sistema o ajude a crescer ou melhorar sua vida. Portanto, é o próprio trabalhador aquele que perpetua sua própria condição e exploração.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 53.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 216.

³⁶ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 46.

³⁷ Dispõe o artigo 5º, *caput*, e o artigo 123, *caput*, da Constituição mexicana: “**Artigo 5.** Ninguém pode ser obrigado a prestar serviços pessoais sem a devida remuneração integral e sem o seu consentimento, exceto trabalhistas, a título de sanção imposta pelo Poder Judiciário, que será regido pelas disposições das cláusulas I e

inovou por enfrentar o sistema capitalista, que colocava o trabalho como mercadoria, difundindo o Estado Social de Direito.³⁹

Na Europa, a consciência da fundamentalidade dos direitos sociais somente se deu após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), com a Constituição alemã (Constituição de Weimar), em 11 de agosto de 1919, que seguiu os preceitos constitucionais mexicanos. Apesar de já terem sido traçadas, na Constituição mexicana, as diretrizes do Estado social democrático, foi na Constituição de Weimar que este se tornou mais organizado, influenciando o Ocidente, principalmente as constituições pós-2ª Guerra Mundial.⁴⁰

A Constituição de Weimar trouxe institutos que igualavam os indivíduos⁴¹, não podendo haver distinções entre eles. Assim, passam a ser sujeitos de direitos todos os indivíduos da sociedade alemã, tanto de direitos e liberdades individuais, quanto de direitos sociais, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, entre outros.⁴² A maior influência sobre as constituições que consagravam o Estado social democrático dizem respeito aos direitos dos trabalhadores e à educação, como se verificam nos artigos 145 e seguintes e 157 e seguintes da Constituição de Weimar.⁴³ Ressalta-se que a importância histórica das Constituições mexicana e alemã é a “institucionalização da democracia social”.⁴⁴

II, do artigo 123”, e “**Artigo 123.** O Congresso da União, sem violar os seguintes princípios básicos, deve formular leis trabalhistas que se aplica a: [itens]”. MÉXICO. **Constituição dos Estados Unidos do México de 1917.** Constituição dos Estados Unidos do México de 1917. Disponível em: <http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&langpair=en|pt&u=http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html&prev=/translate_s%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bmexicana%2B1917%26tq%3D1917%2BMexican%2Bconstitution%26sl%3Dpt%26tl%3Den>.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** p. 173-174.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** p. 177. Ver também nota 17.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** p. 189.

⁴¹ Conforme se pode verificar, no artigo 109 da Constituição alemã de 1919: “**Article 109** All Germans are equal in front of the law. In principle, men and women have the same rights and obligations. Legal privileges or disadvantages based on birth or social standing are to be abolished. Noble titles form part of the name only; noble titles may not be granted any more. Titles may only be granted, if they indicate an office or occupation; academic degrees are not affected by this regulation. The state may no more bestow orders and medals. No German may accept titles or orders from a foreign government. ALEMANHA. **Constituição da Alemanha de 1919.** Disponível em: <http://74.125.93.104/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php&prev=/translate_s%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BWeimar%2B1919%26sl%3Dpt%26tl%3Den&usg=A LkJrhgXt0F_CnPa-yvYFabvOEUBBZCrRO#First%20Part>.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** p. 190.

⁴³ Observa-se que a Constituição de 1919 trazia a obrigatoriedade da educação (fundamental e complementar), conforme o artigo 145: “**Article 145** Schooling is obligatory. This obligation is served by the Volksschule with at least 8 school years and the school for further instruction, following on the former, until the completed 18th year. Instruction and learning aids are, at Volksschule and at schools for further instruction, free of charge”. No mesmo sentido, trata dos direitos trabalhistas e previdenciários, conforme se verifica com o artigo 157 da referida Carta. “**Article 157** Labour enjoys the special protection of the Reich. The Reich will provide uniform labour legislation”. ALEMANHA. **Constituição da Alemanha de 1919.** Disponível em: <http://74.125.93.104/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php&prev=/translate_s%3Fhl%3Dpt>.

As constituições do pós-1ª Guerra demonstram a tendência para a garantia do social. Reforça-se tal afirmação, com as constituições monárquicas do reino Sérvio-croata-esloveno e da Romênia, em 1921 e 1923, respectivamente, que nem sequer receberam influências de partidos social-democratas. Neste cenário, percebe-se o sentimento de solidariedade social se implantando nas sociedades, tendo em vista as conseqüências de uma guerra.⁴⁵

Os direitos sociais constitucionalmente positivados vêm para garantir a independência jurídica do indivíduo no âmbito social. A Constituição de Weimar influenciou as constituições posteriores tanto do pós-1ª Guerra, quanto da pós-2ª Guerra Mundial, como nos casos das Constituições francesa (1946), italiana (1947) e da própria Constituição alemã (1949). As constituições ocidentais do século XX trazem uma característica comum: “a ampliação dos direitos sociais, econômicos e culturais de modo a satisfazer as novas necessidades de caráter econômico, cultural e social que definem a nossa época” (tradução livre da autora da monografia).⁴⁶

Contudo, a trajetória que os direitos humanos e os direitos sociais estavam traçando nas constituições foi tragicamente obstada nos anos da década de 1930, com o aparecimento do nazismo na Alemanha, comandado por Hitler. Milhões de pessoas foram mortas, como no Holocausto, que teve seis milhões de judeus e 240 mil ciganos mortos. Somente em 1945 houve a desistência da Alemanha em relação ao banho de sangue que empreendia em nome de uma “purificação” da raça.⁴⁷

Em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), que entrou em vigor em 26 de outubro do mesmo ano. Esta organização trouxe mais avanços aos direitos humanos, inclusive em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, conforme dispõe em seu artigo 55.⁴⁸ Em 1948, foi assinada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que declara todos os direitos inerentes aos seres humanos. Foi

[BR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BWeimar%2B1919%26sl%3Dpt%26tl%3Den&usg=A LkJrhgXt0F_CnPa-yvYFabvOEUBBZCrRO#First%20Part](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>.

⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 189.

⁴⁵ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. p. 47-48.

⁴⁶ *In verbis*: “[...] la ampliación del estatuto de los derechos sociales, intentando así satisfacer las nuevas necesidades de carácter econômico, cultural y social que conforman el signo definitorio de nuestra época”. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 40

⁴⁷ GORENDER, Jacob. **Direitos humanos**. p. 22.

⁴⁸ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS: **Artigo 55** Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>.

aperfeiçoada por mais dois pactos aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas, um tratando sobre os direitos civis e políticos e outros sobre os direitos sociais, econômicos e culturais.⁴⁹ Também foram aprovados dez documentos, entre declarações, pactos e tratados, formando, assim, um “sistema global de proteção aos direitos humanos, documentos, todos eles, ratificados pelo Brasil”.⁵⁰

A Declaração Universal dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, elenca os direitos que devem ser protegidos, ressaltando que “o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado, a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”.⁵¹ Assim, a Declaração reconhece direitos trabalhistas, direitos previdenciários, proteção e assistência à família, em especial às mulheres grávidas, crianças e adolescentes, incluindo alimentação, vestimenta e moradia, programas contra a fome, saúde física e mental, direito à educação, direito dos indivíduos de participar da vida cultural e científica, como direitos intrínsecos à dignidade da pessoa humana.⁵²

Apesar de todas estas garantias e dos direitos que visam a proteger os seres humanos, bem como as nações, percebe-se que não houve a total compreensão do mundo em relação à necessidade de paz que ainda insistiu em outras guerras como, por exemplo, a Guerra do Vietnã (1957-1975) por causa das tensões entre o governo dos Estados Unidos da América e a União Soviética.⁵³

Tratando particularmente das Américas, criou-se um Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, documento conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.⁵⁴ O documento dá mais ênfase aos direitos civis e políticos, cabendo a estes um capítulo próprio (Capítulo II),

⁴⁹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/0620.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

⁵⁰ GORENDER, Jacob. **Direitos humanos**. p. 24.

⁵¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/0620.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

⁵² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/0620.pdf>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

⁵³ GORENDER, Jacob. **Direitos humanos**. p. 25.

⁵⁴ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

composto de 22 artigos. Já os direitos econômicos, sociais e culturais também possuem capítulo próprio (Capítulo III), todavia com um só artigo.⁵⁵

No Brasil, o processo inserção dos direitos sociais no texto constitucional iniciou-se com a Constituição de 1934, permanecendo nas constituições posteriores. Os direitos sociais se encontram na Constituição brasileira de 1988, no Capítulo II do Título II (Dos direitos sociais), assim como nos Títulos VII e VIII, conforme visto anteriormente.⁵⁶ Alerta-se para o § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 que alerta que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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”.⁵⁷

Compreende-se, portanto, que os direitos sociais são sempre regulados com os direitos econômicos e culturais, pois há interligação entre eles, de modo que são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Consoante o exposto, os direitos sociais da Constituição brasileira tiveram influência de outras constituições, assim como de tratados, pactos e declarações universais.

3.3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais geralmente são postos como direitos dos cidadãos a prestações positivas de seus Estados.⁵⁸ Todavia, esta posição não abrange os objetivos deste tipo jurídico, o que significa dizer que os direitos sociais possuem uma finalidade, qual seja, a realização da igualdade material e da justiça social. Para sua concretização, não se pode restringir os

⁵⁵ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008: Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIIS “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as 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 medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

⁵⁸ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 26.

direitos sociais a direitos prestacionais, pois restringir-se-ia sua função e, conseqüentemente, seu alcance.⁵⁹

Nesse sentido, há uma série de funções atribuídas aos direitos sociais. Além da divisão entre as funções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, utilizar-se-á a classificação elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet, de direitos de defesa e direitos a prestações, sendo subdivididos, conforme visto no primeiro capítulo do presente estudo, em direitos a prestações em sentido amplo (cabendo a subdivisão em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e em sentido estrito.⁶⁰

Atenta-se ao fato de que as classificações elaboradas no presente estudo não concernem a um simples problema hermenêutico. Trata-se meio viável para que se alcance um resultado satisfatório em relação ao objetivo principal, qual seja, o problema da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Assim, poder-se-á avaliar se há alguma diferença na aplicação dos direitos fundamentais em relação à sua classificação.

3.3.1 Direitos sociais com função objetiva

Os direitos sociais, em sua função objetiva, podem tanto servir como normas jurídicas dispostas nas constituições, quanto como diretrizes aos poderes públicos. Assim, os direitos sociais fundamentais aparecem como normas constitucionais que, além de direcionar as ações estatais e as ações entre os particulares, são consideradas normas autônomas, isto é, apesar de disporem sobre um direito subjetivo, possuem autonomia para sua normatização infraconstitucional.⁶¹

Compreendem os direitos sociais com função objetiva, portanto, os direitos estabelecidos no artigo 6º da Constituição de 1988, tais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.⁶² Fica ao encargo do legislador infraconstitucional legislar sobre as matérias supracitadas, devendo ater-se à constitucionalidade das regras, bem como alcançar os anseios do poder constituinte originário. Como exemplo, tem-se a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que, elaborada pelos poderes públicos e cumprida pelos

⁵⁹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. p. 27.

⁶⁰ Conforme item 2.5 do presente estudo.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 168.

⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

cidadãos, regula o Programa de Seguro-Desemprego e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)⁶³, visando à garantia de um direito social.

Os direitos sociais com função objetiva caracterizam-se como direitos prestacionais, conforme o exemplo dado acima, e como direitos de defesa como competência negativa para os poderes públicos, para os particulares e, até mesmo, para outros Estados (objetivamente retirados destes), como, por exemplo, os direitos trabalhistas que estabelecem a duração da jornada de trabalho (que caracterizam, por sua vez, direitos subjetivos aos trabalhadores).⁶⁴

Outro aspecto relevante em relação à função objetiva dos direitos sociais fundamentais e que possui íntima relação com sua eficácia jurídica concerne à obrigação estatal de realização destes direitos.⁶⁵ O assunto, entretanto, será tratado posteriormente, em capítulo próprio. Cumpre ressaltar que a condição de direito objetivo destas normas fundamentais provém da transição do Estado liberal para o Estado social de direito democrático.⁶⁶

3.3.2 Direitos sociais com função subjetiva

Os direitos sociais, em sua função subjetiva, concernem àqueles garantidores das liberdades individuais, tanto na esfera individual quanto nas esferas coletiva e social. A função subjetiva é composta no seu sentido clássico, remetendo-se ao Estado liberal, assim como no sentido que ganhou com a transição para o Estado social, permitindo, portanto, a adequação dos direitos sociais às finalidades da função.⁶⁷

Torna-se importante tal menção, pois, apesar da subjetividade vinculada aos direitos fundamentais como “direitos” atrelados aos indivíduos em suas peculiaridades, alerta-se que não deve haver reducionismo que acabe por resumir os direitos fundamentais aos direitos de liberdade, compreendendo tanto os direitos de defesa (ações negativas), quanto os direitos a prestações (ações positivas).⁶⁸

⁶³ BRASIL. **Lei n° 7.998, de 11 de Janeiro de 1990**. Regula o Programa de Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm#art2>. Acesso em: 02 de outubro de 2008.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 170.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 171.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 176.

⁶⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 25.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 178.

Os direitos sociais se inserem na função subjetiva a partir do momento em que o Estado passou a ter cunho social. Não somente as antigas liberdades são garantidas, ou seja, a preocupação com relação às atitudes estatais não mais é o único foco de preocupação dos cidadãos, mas também os direitos sociais, como o direito ao trabalho, à saúde e à educação, por exemplo, transformam-se em objeto de reivindicação dos indivíduos.⁶⁹

A função subjetiva cumpre seu papel de garantir aos cidadãos a titularidade de direitos sociais. Destarte, são garantias relativas aos direitos prestacionais e de defesa que o indivíduo possui e pode opor em desfavor do Estado, de outros indivíduos e mesmo contra outros Estados.⁷⁰ Destarte, é função subjetiva para o indivíduo titular do direito e função objetiva para o destinatário do direito, sendo que tanto pode ser uma ação positiva quanto uma ação negativa, conforme a teoria do “direito a algo”, pertencente ao “sistema de posições jurídicas”⁷¹, elaborada por Robert Alexy.⁷²

A perspectiva apresentada em relação às funções objetiva e subjetiva comprovam que, aos direitos fundamentais sociais, podem ser atribuídas outras funções jurídicas, conforme já relatadas no item 2.5 desta monografia.

⁶⁹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 22.

⁷⁰ Destaca-se que esta oposição pode corresponder ao grau de exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais subjetivos, isto é, a possibilidade de exigir por meio judicial a prestação ou não de um direito. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 179.

⁷¹ Robert Alexy baseia seu conceito de direitos fundamentais com função subjetiva partindo do “sistema de posições jurídicas” dividida em: direitos a algo, liberdades e competências. Os “direito a algo” constituem a seguinte relação triádica: possui o portador (titular do direito), o destinatário de direito (quem deverá cumprir) e o objeto do direito (uma ação negativa ou positiva). As liberdades também constituem uma relação triádica havendo o titular da liberdade ou da não liberdade (x), o obstáculo à liberdade (y) e a ação que é objeto da liberdade (z), assim, “x é livre (não-livre) de y para fazer z ou não fazer z”. Assim, a liberdade jurídica é a liberdade negativa que pode ser dividida em liberdade negativa em sentido amplo e em sentido estrito. A liberdade negativa em sentido amplo concerne àquela ligada à liberdade liberal. Descreve-se tal ensinamento de Robert Alexy para alertar que a liberdade econômica, social ou cultural é construída de modo diferente, pois necessita de uma prestação por parte de alguém para que seja realizada e é denominada pelo autor de liberdade positiva. Desse modo, para que o indivíduo passe de uma não liberdade para uma liberdade econômica, social ou cultural, ele deve alcançar algo de alguém (Estado, particulares e outros Estados). Assim sendo, deverá haver uma garantia jurídica prestada por meio destes últimos. O referido autor trata também das competências fazendo várias diferenciações para caracterizá-las. Assim, afirma que as competências se diferenciam da permissão e da capacidade fática. Da permissão, pois a competência é capaz de modificar uma situação jurídica. Já com relação à capacidade fática, tem-se que nem sempre um dever de alguém a realizar ou deixar de realizar algo é uma competência. Muitas vezes, este dever é somente uma obrigação, como no exemplo de indenização por dano material. A competência também se caracteriza por aparecer como ações institucionais. “Normas de competência” são regras jurídicas constitutivas (regras que regulamentam). As normas de conduta se contrapõem às normas de competência. As normas de conduta não criam alternativas de ação, “elas apenas qualificam ações, ao estabelecer obrigações, direitos a algo e liberdades”. Outro aspecto relevante concerne às relações de competência e sujeição e de não-competência e não-sujeição. Se alguém tem a competência sobre outra de mudar sua situação jurídica, então esta última estará em relação à primeira numa relação de sujeição; o mesmo se dá no contrário, havendo, assim, uma posição de não-competência ligada a uma posição de não-sujeição. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193-248.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193-248.

3.3.3 Classificação da multifuncionalidade dos direitos sociais fundamentais

Poderá existir, conforme o exposto até aqui, uma gama enorme de direitos fundamentais sociais, tais como direitos de defesa e como direitos a prestações (com uma subdivisão em direitos a prestações em sentido amplo, que, por sua vez, se subdivide em direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, e direitos a prestações em sentido estrito), ambos na função objetiva e subjetiva. Haverá, permutando-se cada tipo com as diferentes funções, uma grande variedade classificatória de direitos fundamentais e, em especial, de direitos sociais.

Robert Alexy afirma que os direitos fundamentais sociais podem ser considerados “direitos a prestações somente se se tratar de direitos *subjetivos* e de *nível constitucional*” (destaques no original).⁷³ Diferenciam-se dos demais direitos nesses dois sentidos: um, por serem normas subjetivas e, dois, por serem constitucionais. No mesmo sentido, afirma o autor que os direitos a prestações compõem uma relação triádica entre: a) o titular de direito, b) o destinatário do direito; e c) a ação positiva. Note-se que todos os componentes devem ser constitucionalmente previstos e são judicialmente exigíveis.⁷⁴

Passa-se, portanto, a tratar da classificação supramencionada, exemplificando-se com o direito fundamental social ao trabalho previsto na Constituição brasileira de 1988, no artigo 6º, e com disposições específicas destes direitos no artigo 7º.

O direito fundamental social ao trabalho pode ser percebido como direito de defesa quando propor a abstenção da intervenção estatal nos direitos trabalhistas. Terá função subjetiva quando voltado ao titular do direito, ou seja, trata-se de uma garantia ao trabalhador como no caso do direito de ação para cobrar créditos trabalhistas (inciso XXIX do artigo 7º).⁷⁵ Já a função objetiva deste direito de defesa compreende, por exemplo, a simples disposição no texto constitucional, conforme o artigo 6º⁷⁶, que prevê o direito ao trabalho como um direito fundamental social.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 445.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 445-446.

⁷⁵ Art. 7º. [...]. XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

⁷⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

O direito social a prestações em sentido amplo, como direito à proteção com função subjetiva, concerne ao direito do trabalhador em receber, no mínimo, um salário mínimo mensal para a prestação de seu trabalho, conforme os incisos IV e VII do artigo 7º.⁷⁷ Nesse sentido, o trabalhador possui tal direito e pode, por meio da Justiça do Trabalho, requerê-lo. A função objetiva aparece quando o Estado garante o salário-mínimo ao trabalhador (função subjetiva), impedindo, ao mesmo tempo, que os empregadores paguem menos que a previsão legal (direito de proteção com função objetiva). Ressalta-se que o empregado também possui um direito de defesa em relação ao empregador no caso supracitado.

Os direitos sociais a prestações em sentido amplo como direito à participação e procedimento com função objetiva possuem o aspecto de serem direitos à regulamentação e organização dos direitos fundamentais e podem ser entendidos como a requisição ao Estado dos direitos atribuídos aos trabalhadores por meio de leis infraconstitucionais. Pode-se exemplificar esta situação com a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências.⁷⁸

Os direitos sociais a prestações em sentido estrito são direitos prestados pelo Estado de forma material, de modo que garantam uma maior proporcionalidade nas esferas da vida social, não havendo, portanto, grandes diferenças sociais em relação aos cidadãos. Significa garantir a igualdade material. A função objetiva neste tipo de direito fundamental social se caracteriza pela normatividade e pela prestação jurisdicional dada por meio do Estado, especificamente pelo Poder Judiciário. Já a função subjetiva é a garantia constitucional do direito ao trabalhador, como o artigo 7º e incisos, que dá várias garantias aos trabalhadores, devendo ser cumprido pelos particulares. Se não cumprido, o trabalhador poderá requerer seus direitos por meio da Justiça do Trabalho.

Considera-se este último como direito à prestação em sentido estrito, haja vista dar melhores condições de vida ao trabalhador, que é o pólo mais fraco numa relação de trabalho.

⁷⁷ Art. 7º. [...]. IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>.

3.4 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que seja possível traçar a fundamentalidade dos direitos sociais, requer-se a atribuição do que Robert Alexy chama de “idéia-guia”.⁷⁹ A “idéia-guia” seria uma perspectiva, ou seja, o aspecto sob o qual determinada coisa se apresenta. Nesse sentido, deve-se, em primeiro lugar, fazer remissão ao que já foi elaborado sobre o conceito de direitos fundamentais para, num segundo momento, fazer a justificação da fundamentalidade dos direitos sociais.⁸⁰

Nesse sentido, retoma-se a definição elaborada, no segundo capítulo, sobre os direitos fundamentais, de modo que concernem a direitos positivados nas Constituições dos Estados de direito democráticos. Estes direitos, conquistados por meio de lutas sociais, podem conter tanto função objetiva quanto função subjetiva, pois constituem pressupostos para a realização da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade material. Estas últimas características provêm, especialmente, da conquista dos direitos sociais, que possibilitam a abrangência dos indivíduos sujeitos de direitos, permitindo com que estes concretizem seus direitos e liberdades civis e políticas. Outro aspecto importante concerne à garantia de imunidade constitucional, ou seja, os direitos fundamentais são elevados à cláusula pétrea.

A conceituação supracitada constitui a formação do direito fundamental no âmbito subjetivo, ou seja, como havendo alguém titular de algum direito. Contudo, pode-se ter a conceituação de direito fundamental na esfera formal, conforme leciona Robert Alexy, como “posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁸¹ O legislador possui, em face das garantias constitucionais, os assuntos sobre os quais poderá ou não legislar, isto é, há normas constitucionais que limitam a competência legislativa.⁸²

Robert Alexy, ao se deparar com a situação de que os direitos fundamentais negativos impõem uma restrição ao legislador, analisa a questão de conflito entre princípios constitucionais: de um lado, os direitos fundamentais e, de outro, o princípio da democracia. Tais princípios seriam conflituosos, haja vista que os direitos fundamentais devam ser respeitados pelos legisladores e que o princípio da democracia deva tratar da questão de os

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446.

⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446. Ressalta-se que o autor trata dos direitos fundamentais garantidos na Constituição alemã. Faz-se, portanto, no presente estudo, uma adequação ao direito constitucional brasileiro.

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 447.

representantes do povo possuem competência ampla para legislar, pois seu poder é legitimado democraticamente. Para o autor, deve-se saber o que os direitos prestacionais têm de fundamentais para que seja exigida constitucionalmente sua imutabilidade.⁸³

Assim, Robert Alexy, ao analisar a Constituição alemã, conclui que, “em virtude de normas de direitos fundamentais, todos se encontram em posições de direitos a prestações que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre elas não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁸⁴ Neste sentido, os direitos sociais devem ser elevados a direitos fundamentais e, portanto, ser cláusula pétrea, pois o legislador, num momento, pode resguardar tais direitos, mesmo que não sejam fundamentais, todavia, não se conhecem os futuros legisladores que poderão utilizar seu poder de modo antagônico aos interesses dos indivíduos.⁸⁵

O referido autor argumenta que as normas de direitos fundamentais significam a cumulação de dois aspectos: “da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.⁸⁶ O primeiro aspecto diz respeito à sua posição no ordenamento jurídico, encontrando-se no topo da estrutura e vinculando os três poderes estatais; e o segundo diz respeito às matérias constitutivas do Estado e da sociedade. Fundamenta o autor ainda que há importância no tipo constitucional (modelo puramente procedimental ou modelo puramente material).⁸⁷

Constata-se a natureza da Constituição brasileira como sendo de natureza mista, ou seja, há tantos elementos do modelo puramente procedimental, quanto do modelo puramente material. Tal fato se torna importante, tendo em vista que se percebem, na Carta, conteúdos possíveis e impossíveis na esfera constitucional. Neste sentido, as normas fundamentais, no âmbito formal, possuem “conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis para o sistema jurídico”⁸⁸, e esta é a característica que justifica a fundamentalidade formal.⁸⁹

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 448.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 450.

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 449.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 520.

⁸⁷ O autor faz menção a dois tipos constitucionais: de um lado, o modelo puramente procedimental, sendo que a constituição somente traz normas sobre a organização e o procedimento de leis infraconstitucionais, nada falando sobre suas matérias, ou seja, o legislador pode escolher a matéria da lei, somente obedecendo ao procedimento. De outro lado, há o modelo puramente material, que traz apenas normas materiais, isto é, o legislador somente poderá legislar sobre determinadas matérias, não importando como as leis sejam elaboradas. Conclui que a Constituição alemã possui natureza mista material-procedimental. No mesmo sentido, conclui-se que a Constituição brasileira possui a mesma natureza que a da alemã. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 520-523.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 522.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 522.

Já a fundamentalidade substancial dos direitos fundamentais corresponde às “decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”⁹⁰, independentemente da quantidade de conteúdo dado a elas. As características dos direitos fundamentais são relevantes na afirmação do papel primordial que estes possuem no ordenamento jurídico de um Estado.

João dos Passos Martins Neto sustenta que os direitos sociais são direitos fundamentais, lembrando o autor afirmar que os direitos fundamentais são considerados como tais por terem algum privilégio em relação aos direitos não-fundamentais.⁹¹ Deste modo, conforme exposto no item 1.1 do presente estudo, finaliza afirmando que “*fundamental* leva a *pétreo e fundamentalidade* conduz à *intangibilidade*”.⁹²

Para chegar à resposta sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, parte-se das seguintes perguntas: o termo “direitos e garantias individuais” inclui os direitos sociais? E se os direitos sociais são ou não direitos subjetivos fundamentais?⁹³

Nesse sentido, sustenta-se que direitos como à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV, CRFB/88), ao seguro-desemprego (artigo 7º, inciso II, CRFB/88), ao ensino fundamental (artigo 208, inciso I, CRFB/88), entre outros direitos sociais, “são individuais quanto à titularidade, ainda que *individualmente pertencentes por igual a vários titulares concomitantes*” (destaques no original).⁹⁴ Assim, os direitos expressos na Constituição como “direitos individuais” não excluem os direitos sociais.⁹⁵

O autor continua sua justificação sobre a intangibilidade dos direitos sociais por meio de emendas constitucionais, afirmando que o desejo do poder constituinte originário, ao tecer a Constituição brasileira, foi o de proporcionar um Estado Social Democrático.⁹⁶ Assim, deixar que os direitos sociais ficassem submetidos aos anseios do poder constituinte derivado em emendá-los, podendo até mesmo aboli-los, seria ir de encontro aos princípios geradores do Estado de Direito Democrático brasileiro. João dos Passos Martins Neto também destaca que

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 522.

⁹¹ Conforme exposto no segundo capítulo desta monografia.

⁹² MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 86.

⁹³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 173.

⁹⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 173-174.

⁹⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 173.

⁹⁶ Conforme se pode notar com o preâmbulo da Constituição, que prescreve: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (destaques nossos). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

os direitos sociais são conseqüências dos direitos e liberdades individuais e coletivas, bem como dos direitos políticos, isto é, nos direitos sociais se encontra a possibilidade de concretização daqueles primeiros direitos.⁹⁷

No mesmo sentido, encontra-se a posição de Antonio Enrique Perez Luño, sustentando que a relação entre os direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais é de complementaridade. Quanto à fundamentação, entende o autor que os direitos sociais são fundamentais, pois, muitas vezes, a concretização destes se torna imprescindível para a satisfação de outras necessidades, como as liberdades civis e políticas (que o autor chama de “menos radicais”).⁹⁸ Quanto à titularidade, os direitos sociais constituídos de fundamentalidade ampliaram os sujeitos de direitos, abrangendo o indivíduo em sua totalidade e respeitando suas necessidades e interesses.⁹⁹

Em relação à tutela dos direitos fundamentais, Antonio Enrique Perez Luño refuta a afirmação de que os direitos sociais não podem ser “objeto imediato de tutela por seu caráter puramente programático”.¹⁰⁰ O autor afirma que os direitos sociais são normas de aplicação imediata, sendo inconstitucional a atuação ou omissão que contrarie dispositivo constitucional.¹⁰¹

Nesse sentido, os direitos sociais exigem por parte do Estado medidas econômicas e políticas públicas que visem ao social, para que os direitos de liberdade possam ser também eficazes. Dessa declaração se pode retirar a assertiva de que os institutos fundamentais, garantidores de liberdades civis e direitos políticos, também não são auto-aplicáveis sem que se tenham os meios essenciais para a sua concretização, quais sejam, os direitos sociais.¹⁰²

De tal modo, não pressupõe a simples afirmação de um direito social. Percebe-se a necessidade de atuação estatal para a realização dos direitos fundamentais. Antonio Enrique Perez Luño ironicamente retrata tal situação, dizendo que “sem elas [medidas estatais], proclamar que ‘a escola ou a cultura estão abertas para todos’ seria tão ilusório como dizer que ‘o Hotel Ritz está aberto para todos’” (tradução livre da autora da monografia).¹⁰³ O simples reconhecimento constitucional, ou seja, o reconhecimento formal, não é suficiente para a realização efetiva dos direitos fundamentais sociais. Necessita-se da complementação

⁹⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 174.

⁹⁸ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 207-208.

⁹⁹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 211.

¹⁰⁰ *In verbis*: “[...] los derechos sociales no pueden ser objeto inmediato de tutela por su carácter puramente programático”. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 211.

¹⁰¹ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 212.

¹⁰² LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 212.

¹⁰³ *In verbis*: “Sin ellas, proclamar que “la escuela o la cultura se hallan abiertas a todos” se há dicho que seria tan ilusorio como decir que “el Hotel Ritz se halla abierto a todos”. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 212-213.

pelos poderes públicos para a concretização da dignidade da pessoa humana e do próprio Estado de Direito Democrático.¹⁰⁴

Assinala-se para a existência de um processo dialético¹⁰⁵ entre os direitos de primeira dimensão e os de segunda dimensão, conforme a seguinte análise: o artigo 5º, *caput* da Constituição de 1988 dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”¹⁰⁶, isto é, estabelece os direitos e liberdades civis. Já o artigo 6º da Carta Magna dispõe sobre os direitos sociais, afirmando que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.¹⁰⁷ Diante destes artigos constitucionais, exemplifica-se o processo dialético mencionado, pois se um indivíduo não possuir emprego, por exemplo, dificilmente conseguirá alcançar e dispor de liberdades civis, tal como o direito à igualdade e à vida.

Ante o exposto, constata-se que os direitos sociais são um dos tipos de “conceber, exercer e tutelar os direitos da pessoa nos modelos distintos de organização política” (tradução livre da autora)¹⁰⁸, enfim, são direitos necessários para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana; princípio este que embasa o Estado de Direito Democrático brasileiro, conforme estabelece o artigo 1º, inciso III. Assim sendo, perante as considerações elaboradas no presente capítulo, conclui-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, assim como cláusulas pétreas.¹⁰⁹

¹⁰⁴ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 213.

¹⁰⁵ A dialética pode ser concebida de diversas maneiras, tais como pela perspectiva dada por Platão, como método de divisão, como lógica do provável elaborada por Aristóteles, como lógica em geral dada pelos estoicos, como síntese dos opostos de acordo com Hegel, assim como método, conforme doutrina elaborada por Karl Marx e Friedrich Engels. A partir desta última corrente, é que se entende a dialética entre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões. Assim, para fazer a análise dialética de algum fenômeno social, deve-se considerar o contexto histórico, social e econômico de determinada época. Nesse sentido, “a dialética se converte no método do materialismo e no processo do movimento histórico que considera a Natureza: a) como um todo coerente em que os fenômenos se condicionam reciprocamente; b) como um estado de mudança e de movimento; c) como o lugar onde o processo de crescimento das mudanças quantitativas gera, por acumulação e por saltos, mutações de ordem qualitativa; d) como a sede das contradições internas, seus fenômenos tendo um lado positivo e o outro negativo, um passado e um futuro, o que provoca a luta das tendências contrárias que gera o progresso (Marx-Engels).” JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996. p. 70-71.

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰⁸ *In verbis*: “[...] concebir, ejercer y tutelar los derechos de la persona en dos modelos distintos de organización política”. LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 213.

¹⁰⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**. p. 174.

Tais apontamentos, apesar de expressarem concisamente a matéria da fundamentalidade dos direitos sociais, possuem relevância na análise do princípio da máxima efetividade, resguardado pela Constituição brasileira no § 1º do artigo 5º, na sociedade atual. Portanto, o próximo capítulo abordará o princípio supracitado com base nos direitos sociais.

4 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O princípio da máxima efetividade é primordial na construção de normas reguladoras da vida em sociedade, haja vista tratar de um instituto que prioriza a realização dos direitos fundamentais, não somente no mundo jurídico, como, também, no mundo dos fatos. Nesse sentido, será abordada a questão dos princípios no Direito, resgatando os principais aspectos do princípio, caracterizando-o e definindo suas funções para, num segundo momento, analisar o princípio da máxima efetividade e sua aplicação aos direitos fundamentais sociais.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais começaram a ter maior relevância a partir da década de cinquenta do século XX, sendo considerados como aplicáveis na ausência de preceito legal, isto é, com função jurídica acessória à lei, numa tendência denominada positivista. Hodiernamente, a visão de princípio no Direito se modificou. Uma noção chamada de pós-positivista entende que os princípios são mais que meros auxiliares das regras jurídicas, colocando-os como normas jurídicas capazes de vincular todo o ordenamento jurídico, como também espécies (juntamente com as regras jurídicas) da norma (gênero).¹

Tal tendência foi aprimorada pelo direito constitucional, que passou a consagrar os princípios jurídicos, agora compreendidos como princípios constitucionais. Conforme Ruy Samuel Espíndola, “colocados na Constituição – cúspide normativa dos estados democráticos de direito – os princípios transmudaram de juridicidade e propuseram novas, instigantes e complexas questões à jusconstitucionalística contemporânea”.² Assim, de acordo com a lição

¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-28.

² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 29.

do referido autor, definir e compreender os princípios constitucionais se torna “desafio”³ na atualidade.⁴

Destarte, pretende-se fazer uma análise sucinta sobre os princípios constitucionais, fazendo abordagens sobre os principais pontos sem, contudo, almejar exaurir a discussão sobre o tema, nem tratá-lo superficialmente.

4.1.1 Delimitação conceitual

Conforme definição encontrada no Dicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, princípio é:

Princípio. [Do lat. *Principiu*] S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem [...]. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. *p. ext.* Base; germe [...]. 6. *Filos.* Fonte ou causa de uma ação. 7. *Filos.* Proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável.⁵

Hilton Japiassú e Danilo Marcondes definem princípio em diversos sentidos. Assim, os princípios de destacam por serem “leis universais do pensamento, que constituem os fundamentos da própria racionalidade, e que permitem a estruturação do raciocínio lógico”.⁶ No sentido dado à palavra por René Descartes, os princípios são entendidos como “causas primeiras, fundamentos do conhecimento”.⁷

Destarte, o significado de princípio concerne a uma fonte, a uma idéia, a um pensamento ou mesmo a um valor que guia, determina e estrutura todo um sistema de idéias, pensamentos e valores, traçando os objetivos por onde este sistema deva trilhar, cuja finalidade é a plena realização daquela noção inicial norteadora do sistema como um todo. Faz com que todas as idéias, pensamentos e valores provenientes de um princípio (noção inicial) sempre se subordinem e se reconduzam a ele.^{8 9}

³ Tanto se torna um desafio que as obras relativas aos princípios constitucionais geralmente abordam determinado princípio ou mesmo um grupo de princípios. Acentua-se tal característica com a Constituição brasileira, que resguarda os mais diferentes princípios, tratando desde os que fundamentam o Estado democrático, como também os princípios garantidores dos direitos fundamentais, passando por princípios da organização e administração do Estado brasileiro, princípios tributários, entre outros.

⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 29.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio do Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁶ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. p. 220-221.

⁷ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. p. 220-221.

⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 47-48.

Do significado mais amplo, formou-se a construção de uma definição de princípio no Direito que, por sua vez, também assume variadas definições. Fala-se da construção do conceito de princípio no âmbito jurídico, pois o presente trabalho concerne ao estudo dos direitos sociais nas constituições, em especial na Constituição brasileira de 1988, que são parte do mundo jurídico. A noção de princípio no Direito se faz importante, haja vista sua antecedência em relação à noção de princípio constitucional e à sua positivação nas constituições modernas.¹⁰

Os princípios podem se classificar como *princípios constitucionais positivos* e como *princípios gerais de direito*. O primeiro concerne ao próprio linguajar jurídico; já o segundo diz respeito à noção de certo e errado, de modo que pertence ao linguajar dos juristas, podendo aparecer nas jurisprudências. Conforme conceitua Ruy Samuel Espíndola:

A “positivação” dos princípios gerais do Direito e a transformação deles em princípios jurídicos “positivados” operam-se entre duas alternativas metodológicas. Pela primeira, a “positivação” implica resgate desses princípios no universo do direito natural. Pela segunda, a “positivação” é consequência do descobrimento desses princípios no interior do “Direito positivo”. Esta última posição é corolário da idéia de não transcendência dos princípios gerais do Direito.¹¹

Ambas as noções são aderidas pela legislação brasileira. Nesse sentido e corroborando com a normatividade dos princípios mencionados, o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro¹² os traz, afirmando que os juízes, havendo omissão da lei (remete-se aos princípios positivados), deverão julgar conforme os *princípios gerais de direito*, entre outros.¹³

Os princípios, hodiernamente, possuem normatividade. Tal afirmação corrobora o pensamento jurídico de que os princípios têm “positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios”.¹⁴ E esses adjetivos pertencem tanto aos princípios positivos de direito, quanto aos princípios gerais de direito.¹⁵

⁹ Nota-se que a expressão “princípio” é utilizada em diversas ciências, tais como a Sociologia, a Teologia, a Ciência Jurídica, entre outros, como também na Filosofia. Tal caracterização, num sentido amplo, torna-se necessária para analisar satisfatoriamente a noção dada ao princípio no Direito.

¹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 44.

¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 52-53.

¹² “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

¹³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 54.

¹⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 55.

¹⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 55.

4.1.2 Jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo

A normatividade dos princípios passou por três etapas: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.¹⁶

O Jusnaturalismo, conforme o Dicionário de Filosofia, concerne à

[...] regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois, independente da vontade de Deus. Assim, o J. [jusnaturalismo] representa, no campo moral e político, reivindicação da autonomia da razão que o cartesianismo afirmava no campo filosófico e científico.¹⁷

A fase jusnaturalista iniciou-se no século XVI e teve seu auge no século XIX. Estes princípios eram tidos como normas objetivas que derivavam tanto da lei divina, como da lei humana, tendo em vista que o homem passa a ser a medida das coisas a partir do momento em que a sociedade entende e reivindica a tolerância religiosa, assim como a limitação do poder estatal, proporcionando o nascimento, de fato, do Estado liberal.¹⁸ A normatividade dos princípios quase não existia, sendo que as normas gerais de direito eram normas formadas pela razão.¹⁹

Na fase positivista, também chamada de juspositivista, os princípios são encarados como fonte normativa subsidiária às leis, de modo que preenchem as lacunas deixadas pelos textos legais. Os princípios não são fontes para a positivação legal, mas, sim, derivam das leis, o que, conseqüentemente, prejudica sua normatividade (dos princípios).²⁰

O pós-positivismo se refere ao final do século XX, quando os princípios são positivados nas constituições, afirmando sua preeminência axiológica e, conforme afirma Paulo Bonavides, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.²¹

As antigas doutrinas (jusnaturalista e positivista) caem por terra, devido às críticas e ao novo pensamento juspublicista²², que garante normatividades aos princípios. Para Ruy Samuel Espíndola, há a “hegemonia axiológico-normativa dos princípios”²³, convencendo os arquétipos que se “investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 259.

¹⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 593.

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 593.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 259-262.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 262-264.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 264.

²² O juspublicismo é o nome que se dá à corrente pós-positivista. Contrapõe-se ao jusprivatismo e é marcada pela hegemonia dos princípios resguardados nas novas constituições do século XX. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel.

Conceito de princípios constitucionais. p. 58.

²³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 58.

fundamentais de estalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico.”²⁴ Nesse sentido, os princípios passam a ter papel fundamental no ordenamento jurídico, tendo em vista sua normatividade.

4.1.3 Regras e princípios: espécies da norma jurídica

A distinção entre princípios e regras torna-se importante para compreender a estrutura dos direitos fundamentais. Conforme pontifica Robert Alexy,

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.²⁵

Assim, os princípios e as regras são as expressões exatas a serem analisadas, tendo em vista que se reúnem sob o conceito de norma, ou seja, as regras e os princípios são normas e aparecem como espécies desta. O referido autor defende a tese de que pode haver esta diferenciação do gênero norma em regras e princípios e afirma que não existe apenas uma mera diferenciação de grau²⁶, mas, sim, diferenças qualitativas.²⁷

Ainda, conforme Robert Alexy, há um critério de distinção: “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (destaques no original).²⁸ Assim, têm-se os princípios como “*mandamentos [permissões e proibições] de otimização*” (destaques no original)²⁹, que dependem não só das possibilidades de fato, mas, também, das possibilidades de direito, que, por sua vez, são determinadas pelos princípios e regras conflitantes.³⁰

Já as regras são normas que são satisfeitas ou não. Quando a regra possui validade, deve-se fazer exatamente o que ela propõe. Assim, regras “contêm [...] *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”³¹ (destaques no original). Tem-se, portanto, que as regras e os princípios são espécies do gênero norma, bem

²⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 59.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 85.

²⁶ Como, por exemplo, o grau de generalidade, que coloca os princípios com grau de generalidade maior em relação às regras.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 90.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91.

como não são diferenciados simplesmente pelo grau maior ou menor de qualquer critério que se possa qualificar, mas, de modo diverso, conceituam-se de forma qualitativa.

4.1.4 Colisões entre princípios e conflitos de regras

Robert Alexy leciona que as diferenças entre os princípios e as regras ficam mais evidentes quando há conflitos entre princípios e entre regras. Assim, tem-se um conflito quando se aplicam duas normas e se chega a resultados diversos e, ao mesmo tempo, contraditórios. Desse modo, princípios e regras distinguem-se pela maneira com que se resolve o conflito. Há o conflito entre regras e a colisão entre princípios, que serão analisados separadamente.³²

A solução para o conflito entre regras se dá quando é introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção, ou quando uma das regras for declarada inválida. O caso da cláusula de exceção pode ser demonstrado com o artigo 121 do Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ao instituir o Código Penal, que prescreve que matar alguém tem pena de reclusão, de seis a vinte anos. Todavia, descreve no artigo 23 que se o fizer em estado de necessidade ou em legítima defesa ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, não haverá crime, ou seja, prevê uma cláusula de exceção.³³

Não havendo cláusula de exceção, deve-se excluir uma das regras de dentro do ordenamento jurídico, pois não há a possibilidade de coexistência de duas regras jurídicas que sejam contraditórias entre si. Nesse sentido, havendo conflito entre regras, tem-se que as leis posteriores revogam as anteriores, assim como as leis especiais revogam as gerais, tomando uma decisão sobre validade.³⁴

Com relação à colisão entre princípios, a solução é diversa. Havendo colisão, não haverá exceção prescrita, muito menos exclusão de um princípio, como acontece com a regra. Resolve-se a questão com a abdicação de um princípio em prol de outro, não se remetendo à inserção de cláusula de exceção, nem à declaração de invalidade do princípio que foi

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 91-92.

³³ “Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” E “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.” BRASIL. **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 92-93.

subordinado. Dependendo do caso concreto, haverá maior propensão de um princípio em detrimento de outro.³⁵

4.1.5 Funções dos princípios

Paulo Bonavides ensina que os princípios são “fonte primária de normatividade, corporificando [...] na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional”.³⁶ Demonstra que os princípios possuem três funções e constrói seu pensamento com base nas teorias elaboradas por F. de Castro, Trabucchi e Norberto Bobbio.³⁷

Os princípios na ordem jurídica, conforme as lições de F. de Castro e Trabucchi, (*apud* Paulo Bonavides), têm como funções o “fundamento da ordem jurídica com eficácia derogatória e diretiva”, “função orientadora do trabalho interpretativo” e, por fim, fonte em caso de lacuna da lei ou não previsão pelo costume.³⁸ Assim, os princípios declaram funções de fundamento, interpretação e supletiva em relação a outras normas. Paulo Bonavides, ao mencionar Norberto Bobbio, afirma que este ampliou as dimensões dadas aos princípios, admitindo as funções interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa.³⁹

A função fundamentadora da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva, possui grande importância no direito constitucional moderno e significa dizer que as normas que se contrapuserem aos princípios constitucionais, ou não serão mais válidas (eficácia diretiva), ou não terão mais vigência (eficácia derogatória).⁴⁰

A função interpretativa (e diretiva) serve de direcionamento para a interpretação, criação e aplicação das normas jurídicas. Já para a função supletiva os princípios servem de complementação no caso de lacunas.⁴¹

Os princípios são, em resumo, normas gerais de determinado sistema. Certos princípios encontram-se positivados nas legislações dos países. Neste mesmo sentido, observou-se que, atualmente, os princípios se encontram na etapa pós-positivista, ou seja, são normas jurídicas vinculantes, assim como são juspublicistas, isto é, estão inseridos no Direito

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93-94.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 283.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 283.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 283.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 284.

⁴⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 67.

⁴¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 67.

Público, nas Constituições dos países, dando sua característica fundamental: a normatividade.⁴²

O princípio se mostra como uma norma jurídica que, nos ensinamentos de Ruy Samuel Espíndola, pode conter as seguintes características: possuir grau de abstração elevado; ter caráter fundamental na estruturação do ordenamento jurídico (hierarquicamente está em primeiro plano); ficar próximo à idéia de justiça e de direito em sentido amplo; e ser ponto de referência para a criação das regras. Em contrapartida, as regras são normas jurídicas positivadas (escritas) e, em relação aos princípios, possuem grau de abstração reduzido, são susceptíveis de aplicação direta ao caso concreto, bem como disciplinam uma situação jurídica determinada. Por isso, verifica-se a importância do princípio em relação às regras, já que a transgressão a um princípio jurídico é algo mais grave do que a violação a uma regra.⁴³

A sociedade definida como de direito e democrática é embasada na Constituição, na qual ficam inseridos os valores básicos socialmente consentidos como tais. Dentro da Constituição, há princípios constitucionais que se expressam como as normas supremas de um ordenamento. O princípio da máxima efetividade é um princípio fundamental do Estado brasileiro e está positivado no § 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.2 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

O princípio da máxima efetividade está contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no § 1º do artigo 5º, e está redigido da seguinte maneira: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este princípio também pode ser encontrado na doutrina como princípio da máxima eficácia ou princípio da aplicação imediata.

Explanar-se-á, a seguir, sobre o princípio da máxima efetividade presente na Constituição brasileira de 1988. Cientes de que se trata de um vasto tema, abordar-se-ão as principais características do princípio, de modo ordenado, tentando não analisá-lo perfunctoriamente. Seguindo as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, a matéria a ser abordada é essencial no “eterno desafio de outorgar à ordem constitucional e, de modo especial, aos

⁴² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 67.

⁴³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. p. 64-67.

direitos fundamentais nela consagrados sua plena operatividade e eficácia, como condição para sua efetividade”.⁴⁴

Cumprido destacar que é a eficácia jurídica que possibilita a realização da função social do direito. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, a efetividade é a que sinaliza “para atingir o ponto que se apresenta como o mais próximo entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (destaques no original).⁴⁵ Para compreensão destas considerações, abordar-se-á o princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais de aplicação imediata, pois a norma constitucional, sem eficácia plena, não consegue alcançar as situações concretas da vida em sociedade.

4.2.1 Perspectivas sobre o princípio da máxima efetividade e sua afirmação constitucional

O princípio da máxima efetividade, previsto no § 1º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, constitui uma inovação elaborada pelo poder constituinte originário e aparece como um importante instrumento para os direitos fundamentais.

Tem-se que todas as normas constitucionais devam ser revestidas de eficácia e efetividade. Embora se faça a presente afirmação, destaca-se que os direitos e garantias fundamentais devem obter (e assim obtiveram do legislador constituinte) eficácia e efetividade garantidas. O § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988 priorizou os direitos fundamentais, dotando-os de eficácia plena, isto é, afirmando sua aplicação imediata.

Conforme afirmação de José dos Santos Carvalho Filho, referida disposição legal afirma a importância dos direitos fundamentais e, “se são eles fundamentais, trazem em si o germe da supremacia, da prevalência, daquilo, enfim, que se afigura como básico para os integrantes do grupo social”.⁴⁶

Interessante destacar a definição trazida por Nicola Abbagnano, em seu Dicionário de Filosofia, sobre o conceito da expressão “efetivo”. O termo efetivo é “o mesmo que real. Em italiano e francês, este termo ressalta o caráter que a realidade possui diante do

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 243.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos. In: **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 305.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos. p. 305.

que só é imaginado ou desejado; em inglês e alemão, ressalta o caráter que a realidade possui diante do que é somente possível”.⁴⁷

Tem-se, do mesmo modo, a diferenciação entre diversos termos que são tratados, doutrinariamente, de maneiras diversas. Há variadas maneiras de encarar o problema da efetividade das normas de direitos fundamentais. Neste ponto, cumpre destacar as diferenças adotadas por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual se apropria da definição elaborada por José Afonso da Silva, diferenciando, especialmente, eficácia jurídica e eficácia social; por Norberto Bobbio, que escreve sobre justiça, validade e eficácia; a elaboração doutrinária de Luis Roberto Barroso; e, finalmente, a elaboração feita por Eros Roberto Grau, que possui uma visão mais crítica sobre a matéria, trazendo as noções de eficácia e efetividade.

4.2.1.1 Noção defendida por Ingo Wolfgang Sarlet: eficácia jurídica e eficácia social

Ingo Wolfgang Sarlet elabora sua teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, dividindo as normas jurídicas com eficácia jurídica e com eficácia social, assim como faz referência à importância da distinção entre vigência⁴⁸ e eficácia⁴⁹.

A eficácia jurídica “consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes”.⁵⁰ Sendo assim, a eficácia jurídica e a aplicabilidade das normas são fenômenos indissociáveis. Já a eficácia social seria o mesmo que falar em efetividade, pois seria a concretização do direito no mundo dos fatos.⁵¹

Destarte, compreende-se que, para obter eficácia jurídica, não se faz necessária a geração de efeitos, bastando a possibilidade. O mesmo não acontece com a eficácia social,

⁴⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 306.

⁴⁸ Vigência “consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que a vigência constitui verdadeiro pressuposto da eficácia, na medida em que apenas a norma vigente pode vir a ser eficaz.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 244.

⁴⁹ Eficácia corresponde à aplicação da norma jurídica; na realidade sobre sua possibilidade de aplicação como norma exequível e exigível. Tal constatação se faz importante, tendo em vista que se não se mencionasse sobre a possibilidade, estar-se-ia conceituando efetividade. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 246.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 246.

⁵¹ Destaca-se que Ingo Wolfgang Sarlet não tratará em sua obra sobre a eficácia social dos direitos e garantias fundamentais; somente analisará a eficácia jurídica de tais direitos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 243-249.

tornando imprescindível a realização do direito no plano concreto, isto é, necessária se faz a efetividade.⁵²

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, para a corrente doutrinária sustentada por José Afonso da Silva e por Luís Roberto Barroso,

[...] não há como dissociar, por outro lado, a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.⁵³

A aplicabilidade e a eficácia jurídica são, portanto, fenômenos fundamentais para a norma jurídica, tendo em vista que esta só será eficaz se houver possibilidade de aplicação. A eficácia se remete à aplicabilidade e a aplicabilidade se refere à realização. A eficácia jurídica, portanto, refere-se à possibilidade de aplicação e à consumação de efeitos jurídicos. A eficácia social ou a efetividade concerne à aplicação efetiva do preceito jurídico, assim como à conseqüência do emprego deste preceito.

José Afonso da Silva afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais deverão ter efetividade para serem eficazes. Esta é a preocupação da Constituição brasileira, tanto é que afirma a aplicação imediata dos direitos fundamentais no § 1º do artigo 5º e assinala que a garantia não vale somente para os direitos elencados naquele artigo, mas abrange sua interpretação para os artigos subsequentes.⁵⁴

No mesmo sentido, o autor declara que somente esta previsão “não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente”⁵⁵ e comenta sobre o mandado de injunção, sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão, assim como sobre a ação popular. Finaliza seu pensamento, dizendo que “sua existência por si só, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais”.⁵⁶ Desse modo, defende a eficácia jurídica e a eficácia social presentes na Constituição brasileira.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 323.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 246.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 467.

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 467.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 467.

4.2.1.2 Justiça, validade e eficácia em Norberto Bobbio

Conforme os ensinamentos de Norberto Bobbio, as normas jurídicas podem ser analisadas sob três pontos diferentes, denominados pelo autor de “valorações”.⁵⁷ As valorações concernem aos problemas da norma jurídica quanto à justiça, à validade e à eficácia, residindo nas seguintes questões: se as normas são justas ou injustas, se são válidas ou inválidas e, por último, se são eficazes ou ineficazes.⁵⁸

A questão da justiça consiste na harmonia ou desarmonia da norma jurídica perante os valores, princípios e fundamentos do ordenamento jurídico. Assim, havendo uma finalidade a ser alcançada prevista no ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira, o legislador deverá dirigir sua ação. Pergunta-se, portanto, se a norma é apta ou não para a concretização desses valores?⁵⁹

O referido autor complementa dizendo que há um sentido em relação ao problema da justiça ou não de uma norma, qual seja “perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado”.⁶⁰ Enfatiza ainda que o problema da justiça é a relação entre o mundo ideal e o mundo real, isto é, o que deveria ser e o que realmente é, compreendendo, assim, um problema da deontologia⁶¹ do direito.⁶²

Já o problema da validade concerne à existência ou não da norma, de maneira que independe se ela é justa ou injusta. Assim, torna-se necessário, para a análise da validade de uma norma jurídica, três procedimentos:

- 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas*, [...];
- 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, [...];
- 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema [...], particularmente com uma norma hierarquicamente superior [...] ou com uma norma posterior [...].⁶³

⁵⁷ Para Norberto Bobbio, as valorações trazidas pela norma jurídica de maneira independente umas das outras, são a base de uma teoria da norma jurídica contundente.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003. p. 46.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46.

⁶¹ Deontologia: “ciências normativas, ou seja, as que indagam “como deve ser o ente para ser perfeito”. O ápice das ciências deontológicas seria a ética (doutrina da justiça)”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 240.

⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 46.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 47.

Percebe-se, então, que o problema da validade é um problema da ontologia⁶⁴ do direito, isto é, necessita responder à pergunta sobre o que vem a ser o direito.

Com relação ao problema da eficácia, Norberto Bobbio propõe a norma jurídica como eficaz ou ineficaz sob a condição de ser adotada ou não por seus destinatários, bem como se o cumprimento ou não desta norma for seguido de coação. O caráter na norma, se eficaz ou ineficaz, é objeto de estudo histórico-sociológico, concernindo, nas palavras do autor, ao “problema *fenomenológico* do direito” (destaques no original).⁶⁵

Observa-se, portanto, quatro tipos de normas em relação à sua eficácia: normas que são cumpridas voluntariamente, sem necessidade de algum tipo de ameaça (consideradas as mais eficazes); normas que somente são cumpridas, pois há previsão de penalidade no caso de descumprimento delas; normas que não são seguidas, mesmo que exista coação para seu cumprimento; e, por fim, normas que não são cumpridas, sem que se tenha penalidade imposta para seu descumprimento. Assim sendo, a eficácia das normas jurídicas, respectivamente à ordem apresentada, é da norma mais eficaz para a menos eficaz.⁶⁶

4.2.1.3 Noção de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral e o conceito de efetividade em Luís Roberto Barroso

O Direito, como Ciência Social, além de poder ser descritiva, dedica-se à investigação e elaboração de sistemas ideais que se manifesta na “prescrição de um *dever-ser*” (destaques no original)⁶⁷, investindo-se de um caráter normativo e concebendo princípios abstratos que pressupõem efeitos que vão ao encontro aos anseios do legislador constituinte quando concretizados na realidade vigente.⁶⁸

⁶⁴ Ontologia ou mesmo a metafísica é a “doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: os que todo ser tem e não pode deixar de ter. As principais proposições da Metafísica ontológica são as seguintes: 1ª Existem determinações *necessárias* do ser, ou seja, determinações que nenhuma forma ou maneira de ser pode deixar de ter. 2ª Tais determinações estão presentes em todas as formas e modos de ser particulares. 3ª Existem ciências que têm por objetivo um modo de ser particular, isolado em virtude de princípios cabíveis. 4ª Deve existir uma ciência que tenha por objeto as determinações necessárias do ser, estas também reconhecíveis em virtude de um princípio cabível. 5ª Essa ciência precede todas as outras e é, por isso, ciência primeira, porquanto seu objeto está implícito nos objetos de todas as outras ciências e porquanto, conseqüentemente, seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios.” ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 662-663.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 47-48.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. p. 48.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 73.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 73.

Luís Roberto Barroso identifica a norma jurídica com o conceito de lei⁶⁹ e assinala que a Constituição é um sistema de normas jurídicas. Nestes termos, afirma que as regras jurídicas atribuem aos fatos naturais da vida elementos peculiares, tornando-os, assim, fatos jurídicos. Nas palavras do professor, “A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico”, e, conseqüentemente, “os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos”.⁷⁰ Será neste sentido que o autor compreende os atos jurídicos como normas passíveis de análise sobre três pontos, quais sejam, o da existência, o da validade e o da eficácia.⁷¹

A existência de um ato jurídico se refere à qualidade que compõe tal ato. Isto é, se determinado ato jurídico possui ou não os requisitos legais necessários para sua hipótese de incidência. Havendo ausência de algum requisito, o ato jurídico não consegue ingressar no mundo jurídico, ou seja, considera-o inexistente pela ausência de seus elementos constitutivos, quais sejam, agente, forma e objeto. Um exemplo de ato jurídico inexistente é aquele que não passa pelo Congresso Nacional para sua aprovação.⁷²

Com relação à validade, pressupondo-se a existência do ato jurídico, entende-se aquele que se encontra perfeito, conforme os anseios da legislação. O ato jurídico, completados os requisitos de existência, deverá conter os seguintes requisitos: competência, forma adequada, licitude e possibilidade, para se tornar, além de existente, válido⁷³. A diferença apresentada é importante, haja vista a existência de normas jurídicas que nem sempre são consideradas válidas, havendo, em muitos casos, ação direta de inconstitucionalidade.⁷⁴

Já a eficácia dos atos jurídicos versa sobre sua capacidade de gerar efeitos. Eficaz “é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado”.⁷⁵ Assim, a norma jurídica possui eficácia jurídica quando possui aptidão para a produção dos efeitos para os quais foi gerada, sendo aplicável e exigível.⁷⁶

⁶⁹ Lei, “independentemente de hierarquia, consistindo no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva”, ressaltando o caráter imperativo das regras jurídicas que podem ser maior ou menor, dependendo da norma analisada. No mesmo sentido, diferencia os tipos que as normas jurídicas podem obter em: normas de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 74.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 79.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 79.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 80.

⁷³ A validade definida por Luís Roberto Barroso nada tem a ver com a vigência da norma jurídica que concerne à validade técnico-formal, compreendendo sua existência jurídica, assim como sua aplicabilidade.

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 80.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 81.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 81.

O autor em estudo diferencia a eficácia jurídica da eficácia social das normas. Para ele, a eficácia social é a “concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”.⁷⁷ Afirma que todas as normas jurídicas possuem eficácia jurídica, tendo em vista sua normatividade e imperatividade; se não as tivesse tal eficácia, não passariam de meros conselhos. Neste ponto, diferencia-se a eficácia jurídica da social, questionando se a capacidade das normas jurídicas em produzir efeitos é concretizada *efetivamente*.⁷⁸

Para Luiz Roberto Barroso, a efetividade concerne à “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” (destaques no original).⁷⁹

Conclui Luiz Roberto Barroso que, para haver a efetividade de determinada norma jurídica, faz-se necessário que ela possua eficácia jurídica. Neste sentido, fala-se não somente da vigência, da existência, ou da validade da norma jurídica, mas, também, das condições jurídicas e fáticas que oportunizam a realização destas normas no mundo dos fatos.⁸⁰

As normas jurídicas constitucionais, assim como as demais normas, são dotadas de preceito e de sanção. No caso de não haver o cumprimento da norma espontaneamente, utiliza-se a força coatora do poder estatal. Por outro lado, Luís Roberto Barroso comenta que as sanções no direito constitucional podem ir além das identificadas penalmente (como a pena de multa ou mesmo de reclusão), chegando-se à responsabilização política que, no presidencialismo (modelo brasileiro), pode ser exemplificada pelo *impeachment*.⁸¹

Destarte, a efetividade no direito constitucional deve conter alguns pressupostos, segundo leciona Luís Roberto Barroso, tais como a razoabilidade de suas normas jurídicas, de modo que possibilite a efetiva normatização da realidade, a coação quando não houver o cumprimento espontâneo da norma, a pronta identificação dos anseios do legislador constituinte, assim como a identificação dos direitos tutelados pelo Estado a seus cidadãos, e, por último, a garantia de mecanismos de tutela aptos para a realização efetiva da eficácia jurídica das normas constitucionais.⁸²

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 82.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 82.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 82-83.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 83.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 85.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. p. 86.

4.2.1.4 Eficácia e efetividade em Eros Roberto Grau

Eros Roberto Grau trata da questão da aplicação do direito e sua efetivação, considerando sua aplicação imediata, partindo da noção de que a aplicação do direito aos fatos concerne a uma decisão de execução. Afirma o autor que, na aplicação do direito, faz-se necessária a interpretação⁸³, implicando um só momento em que estes fenômenos se sobrepõem. Assim, a norma jurídica (corresponde ao *dever-ser*) deve ser interpretada não só pelo seu texto, mas, também, pelos conteúdos que totalizam a realidade, isto é, pelo mundo dos fatos (o *ser*). Assim, “uma norma pode ter *vigência*, sendo, porém despida de *eficácia jurídica*, na medida em que não se possa validamente realizar as situações, relações e comportamentos nela indicados” (destaques no original).^{84 85}

A aplicação imediata, abordada por Eros Roberto Grau, é a aplicação dos direitos e garantias constitucionais. Afirmar que os direitos e garantias são aplicáveis imediatamente significa torná-los efetivos, e isto “[...] é afirmar que o preceito no qual [está] inscrito é auto-suficiente⁸⁶; que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade”.⁸⁷

O autor continua sua lição explicando que a aplicação do direito se faz pela tomada de decisões (que podem consistir em omissões, como no caso de não furtar algo, mesmo se o indivíduo tem fome), de modo que implique a própria reprodução do direito. A decisão que será tomada concerne à efetividade do direito.⁸⁸

Observa-se que o Estado⁸⁹ e a sociedade são os responsáveis pela aplicação do direito, sendo que, ao Estado, há uma imposição pelo cumprimento, já, à sociedade, há o cumprimento pela vontade e, conseqüentemente, há a reprodução.⁹⁰ Neste contexto, o Poder Judiciário possui papel importante, por isso, deverá, no caso de omissão dos aplicadores do

⁸³ Para Eros Roberto Grau, interpretar significa “*concretar o texto normativo* em cada caso” (destaques no original), ou seja, aplicar o direito ao caso concreto. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 317.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 323.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 318.

⁸⁶ Afirmar que um preceito legal é auto-suficiente, não significa dizer que não há lacunas. A possibilidade de “vazios” no âmbito jurídico é uma realidade e poderão ser suprimidos pelo Poder Judiciário, tornando um preceito exequível. A existência de lacunas, ressalta-se, não é óbice à auto-suficiência de preceito com aplicabilidade imediata.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 318-319.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 320.

⁸⁹ Por Estado, entendem-se todos os seus órgãos, sendo que o Poder Judiciário será o último a aplicar o direito, pois, em havendo o descumprimento de ordem legal, este poderá ser acionado para que haja a aplicação da lei.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 320.

direito, ser acionado para suprir e decidir pela aplicação do direito, recriando-o e renovando-o. Portanto, segundo o professor Eros Roberto Grau,

[...] se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas *reproduzir*, mas *produzir* direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.⁹¹

Assim, assegura-se, por meio do Poder Judiciário, a exequibilidade dos direitos e garantias fundamentais que constitucionalmente possuem aplicação imediata. Obviamente que não cabe a este poder a instituição de normas; incumbe-lhe, por sua vez, que, no silêncio dos poderes Executivo e Legislativo, a imediata execução das normas de aplicação imediata.⁹²

Assinala-se que o direito pressupõe uma decisão para sua efetivação, e tal característica é oferecida a todas as normas jurídicas. No entanto, em se tratando de direitos e garantias com força de aplicação imediata, a decisão é pela sua imediata execução, isto é, pela efetividade de plano. É neste âmbito que reside a principal diferença entre as normas jurídicas que são asseguradas constitucionalmente pelo § 1º do artigo 5º da Constituição brasileira, ou seja, a diferença entre as que possuem aplicação imediata, daquelas que não possuem.⁹³

Não somente a diferença entre vigência e eficácia, bem como de eficácia jurídica e eficácia social se fazem fundamentais no presente estudo; destaca-se, também, a diferenciação entre eficácia e efetividade. A noção de efetividade infere na conformidade da norma jurídica diante das “situações e comportamentos que se realizam no seu âmbito de abrangência”.⁹⁴ Deduz-se, portanto, que a efetividade seria a harmonia da norma com relação ao seu campo de aplicação. Já a eficácia tem relação com as finalidades almejadas pelo legislador. Confluem, destarte, as idéias de efetividade e de eficácia social.⁹⁵

A efetividade, deste modo, pode ser dividida em jurídica ou formal e material, tendo em vista os poderes do Estado. Por efetividade jurídica ou formal, entende-se aquela que reconhece um determinado direito a seu beneficiário (indivíduo possuidor de direitos) quando cumpridos os requisitos impostos pela legislação, podendo ser aplicada pelo Poder Judiciário quando não satisfeita pelas vias tradicionais. A efetividade material, por outro lado, é aquela que manifesta a produção da conduta outorgada ao indivíduo quando da concomitância entre a situação de fato e de direito.⁹⁶

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 321.

⁹² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 322.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 322.

⁹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 323.

⁹⁵ As definições apresentadas por Eros Roberto Grau são fundadas em doutrina recente, representada por Antoine Jeammaud e por Oscar Correias. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 323-324.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 324-325.

Diante do exposto, analisam-se algumas considerações sobre o dispositivo constitucional da aplicação imediata retratado pelo princípio da máxima efetividade. Pondera-se que são atribuídas a vigência e a eficácia jurídica às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, seja pelo particular as cumprindo, seja em relação ao Estado, que deve torná-las exequíveis de plano e, caso não aconteça, há a possibilidade de acionar o Poder Judiciário para sua aplicação, importando esta decisão em efetividade jurídica ou formal; e ainda que às normas jurídicas de direitos e garantias fundamentais impõem efetividade material ou eficácia social.⁹⁷

Outro ponto interessante se faz em relação ao caráter não programático⁹⁸ que as normas constitucionais tomam quando dotadas da qualidade “aplicação imediata”. A partir do momento em que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são tidas como imediatamente aplicáveis, desaparece seu caráter simplesmente programático para que se imponha como preceitos constitucionais auto-executáveis. Todavia, confere-lhes efetividade jurídica (ou formal). A Constituição não trata de efetividade material (eficácia social, isto é, realização no mundo dos fatos), nem mesmo de eficácia (realização da finalidade da norma).⁹⁹

100

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 325.

⁹⁸ Antonio Enrique Perez Luño adota a distinção elaborada por Theodor Tomandl, que trata sobre os direitos sociais, afirmando que estes podem adquirir quatro formas distintas como categorias constitucionais, tais como: como normas programáticas, como normas de organização, como direitos públicos subjetivos e, por fim, como mecanismos de garantias. Neste sentir, define as normas programáticas como um sistema que dita os valores e os princípios fundadores da Constituição, não atribuindo, por si só, verdadeiros direitos e obrigações e impossibilitando prover os direitos sociais de segurança jurídica, haja vista privar seu conteúdo de eficácia jurídica. *In verbis*: “Como *normas programáticas*, sistema que tiene la ventaja de convertir estas cláusulas en los valores y principios políticos dinamizadores de la Constitución; pero, por contra, priva de eficacia jurídica a su contenido, que no atribuye verdaderos derechos a los ciudadanos, ni establece obligaciones para los poderes públicos. De lo que se deriva el carácter impreciso al que queda relegado el estatuto de los derechos sociales y el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica” (destaques no original). LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. p. 185.

⁹⁹ A própria Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LXXI e no artigo 103, § 2º, que tratam do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão, respectivamente, rejeita o entendimento de que as normas programáticas não possuem eficácia. “Art. 5º. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;” e “Art. 103. [...] § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 326.

4.2.2 Instrumentos processuais constitucionais: aspectos destacados

Os instrumentos processuais constitucionais de que se fala são o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Conforme analisado alhures, verifica-se extrema relação destes institutos para a realização dos direitos fundamentais de cunho prestacional, haja vista requererem uma atuação do Estado. Em caso de ausência de norma ou omissão, os referidos instrumentos se tornam competentes para a efetivação (ou, pelo menos, ciência pelo órgão ou agente público) de que determinadas normas possuem algum tipo de carência.

4.2.2.1 Mandado de injunção

O mandado de injunção é um instrumento processual que está previsto na Constituição brasileira no artigo 5º, inciso LXXI, dispondo que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.¹⁰¹

Conforme o estabelecido na Constituição sobre o mandado de injunção, seu objeto concerne à garantia de qualquer direito e liberdade constitucionais. Na lição de Hely Lopes Meirelles, o mandado de injunção “somente protege as garantias *fundamentais* constitucionalmente especificadas na Carta Magna” (destaque nosso).¹⁰²

Os requisitos do mandado de injunção são: direito constitucional fundamental que esteja conexo com as liberdades individuais e coletivas, com a nacionalidade, com a soberania e com a cidadania, assim como a ausência de norma regulamentadora acerca de tais direitos, de modo que prejudique seu cumprimento.¹⁰³

Ressalta-se que o mandado de injunção é impetrável quando há ausência de norma que regulamente sobre direitos e garantias fundamentais de liberdade, nacionalidade, soberania popular e cidadania, não se tornando, contudo, normas auto-aplicáveis. No caso de

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 252.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. p. 252.

aplicabilidade imediata às normas constitucionais e possuindo estas regulamentação, somente não havendo seu cumprimento, Hely Lopes Meirelles argumenta sobre a impossibilidade de impetração de mandado de injunção.¹⁰⁴

O mandado de injunção “não se presta a resolver controvérsias baseadas em normas em vigor, mas apenas e tão-somente a possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma regulamentadora competente”, e prossegue afirmando que “o direito resguardado pela via do mandado de injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação”.¹⁰⁵ Não se trata de instituto capaz de obrigar o Estado na realização de políticas públicas. O Poder Judiciário também não substitui o Poder Legislativo, ou seja, não produz norma, apenas viabiliza a realização desta.¹⁰⁶

4.2.2.2 Inconstitucionalidade por omissão

A ação de inconstitucionalidade por omissão consiste em mecanismo processual constitucional e está prevista no § 2º do artigo 103 da Constituição.¹⁰⁷ Como omissão se entende tanto a total, quando há ausência de normas, quanto a parcial, quando há a norma, mas esta se encontra imperfeita.¹⁰⁸

A decisão proferida no presente instrumento tem natureza mandamental, ou seja, serve de ordem a outro órgão estatal que exige a edição de ato que normatize a omissão. A ação de inconstitucionalidade por omissão, diferentemente do mandado de injunção, poderá ser instaurada independentemente de existir um interesse específico garantido juridicamente.¹⁰⁹

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. p. 253.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. p. 254.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 332.

¹⁰⁷ “Art. 103. [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. p. 368.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. p. 369.

Assim, para Eros Roberto Grau, o instituto da inconstitucionalidade por omissão é “inócuo”, tendo em vista que somente produz uma “comunicação ao Poder competente, para a adoção das providências necessárias, ou seja, para a edição de norma”.¹¹⁰

4.3 O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COM APLICAÇÃO IMEDIATA

As linhas tecidas até o presente momento constituem parte de uma visão crítica do texto constitucional sobre os direitos fundamentais sociais. Neste sentido, a Constituição dispõe, no § 1º do artigo 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicadas imediatamente. Todavia, observa-se que a realidade social brasileira se encontra aquém, em muitos aspectos, do que almejava o poder constituinte originário, bem como a sociedade. Conforme afirmação de Eros Roberto Grau,

[...] uma das questões que atualmente mais perturba, até mesmo os que não tomam o direito como objeto de análise sócio-jurídica, é a da não realização, na práxis de sua aplicação, dos princípios e direitos econômicos e sociais, tal como inscritos nas Constituições – o que é atribuído, por aqueles, exclusivamente a um descompasso entre rights e remedies, sem que as razões desse descompasso sejam questionadas.¹¹¹

A respeito, a Constituição brasileira de 1988 acomodou, em seu sistema legal, no inciso LXXI do artigo 5º, assim como no § 2º do artigo 103, que tratam do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão, respectivamente, disposições que consideram o dispositivo do § 1º do artigo 5º como referente à aplicação imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais. A Constituição estabelece, portanto, que as normas programáticas podem ser dotadas de eficácia jurídica.¹¹²

Quanto à afirmação do § 1º do artigo 5º da Constituição, nota-se que o referido texto declara sobre a aplicabilidade das “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”. Conforme exposto alhures, os direitos fundamentais concernem a direitos e garantias positivados nas constituições democráticas, sendo inerentes às pessoas humanas segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, diferenciam-se de outras normas constitucionais, pois são dotados de imunidades em relação ao legislador ordinário,

¹¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 330.

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 327.

¹¹² “Art. 5º. [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

não podendo ser objeto de emendas constitucionais (artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição).¹¹³

A questão sobre a aplicação do § 1º do artigo 5º da Constituição, em relação aos artigos que a ele sucedem e abordam os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos (artigo 6º a 17 da Constituição), não é de tão simples resposta. O problema levantado encontra respaldo na afirmação feita por Eros Roberto Grau.

Doutrina e jurisprudência, como se vê, daí podem retirar subsídios extremamente ricos para alimentar a retórica de não aplicação de tais direitos, inclusive e até mesmo questionando a utilidade da instituição da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, ao menos nesse campo: se esses direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis, desnecessários resultariam, para induzir a sua aplicação, os dois institutos; bastaria, para tanto, que o Poder Judiciário cumprisse a Constituição. Mas – prosseguirá, como já prossegue, a doutrina tradicional – não é possível dar aplicação imediata a todo direito ou garantia fundamental, até porque essa aplicação “contraria a pureza das coisas”; e aí é retomada, na sua mais completa pureza, a doutrina tradicional das normas constitucionais programáticas.¹¹⁴

Eros Roberto Grau afirma a existência de “direitos” e não apenas do direito, existindo, logo, constituições e não somente determinada constituição. Conseqüentemente, há “teorias” da constituição, haja vista que uma constituição regulamenta um sistema ordenado historicamente, concreto, contudo, a definição de constituição somente se dá a partir do momento em que se analisa e se conhece a realidade histórica onde ela se insere. Referido autor afirma, assim, que a “Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico; e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade”.¹¹⁵ Por isso, afiança que “não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada”.¹¹⁶

A Constituição do Brasil, portanto, possui seus fundamentos, finalidades e princípios estabelecidos nos artigos 1º, 3º e 4º, sendo, destarte, os fins almejados pela sociedade brasileira. Conclui-se o presente raciocínio destacando as palavras de Eros Roberto Grau a respeito:

Mas é certo que ela [Constituição] contém textos normativos que, transformados em normas por força da sua interpretação/aplicação – e essa transformação apenas se dá na medida em que os fatos, a realidade, sejam tomados como objeto da atividade de interpretação/aplicação pelo intérprete –, produzem conseqüências jurídico-normativas.¹¹⁷

¹¹³ Análise feita no segundo e terceiro capítulos da presente investigação.

¹¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 329-330.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 363.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 363.

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 364.

Assim sendo, a Constituição, ao dispor sobre a aplicação imediata dos direitos e garantias definidores de direitos fundamentais, traz uma norma que possui eficácia normativa vinculante e, se ainda forem tratadas como normas programáticas, salienta-se que tal qualificação não retira sua eficácia normativa, vinculando o legislador à sua aplicação.¹¹⁸

No que tange ao problema dos institutos processuais antes expostos, verifica-se que, ao Poder Judiciário, é dado, constitucionalmente, o dever de impor a proteção aos direitos e garantias fundamentais, resolvendo-se a questão da eficácia formal. Eros Roberto Grau pretende observar que:

[...] a nenhum ufanismo social deve conduzir a verificação de que a ordem econômica na Constituição de 1988 propõe a instalação de uma sociedade de bem-estar – no que, sem dúvida, notável avanço social – mas antes, pelo contrário, à reivindicação responsável, pela sociedade, plenamente, da *soberania popular*, reconhecida no art. 14 do texto constitucional.¹¹⁹

Para Eros Roberto Grau, a questão da eficácia jurídica ou formal é de fácil realização, pois, conforme comentado anteriormente, o Poder Judiciário contribui com seu papel de aplicador das normas de direitos e garantias fundamentais. Contudo, o problema da eficácia material ou efetividade ainda não resta solucionado, mesmo havendo a disposição de crime de responsabilidade do Presidente da República os atos contra os direitos sociais, conforme o artigo 85, inciso III da Constituição.¹²⁰ Afiança o autor que “*normas que, dotadas apenas de efetividade formal, tornam-se plenamente eficazes – isto é, são adequadas aos fins que visam – porque não são dotadas de efetividade material*” (destaques no original).¹²¹ Os instrumentos processuais ora analisados não possuem, portanto, o condão de conceder a aplicabilidade imediata e eficácia plena a todas as normas constitucionais.

Na formulação elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet, a prescrição formal de “direitos e garantias fundamentais”, no § 1º do artigo 5º da Constituição, pode ser interpretada a favor de todos os direitos e garantias fundamentais inscritos no Título II da Constituição. Tal afirmação contempla uma análise meramente literal do texto constitucional, que muitas vezes pode ser interpretado de forma restritiva, haja vista a prescrição sobre a aplicação imediata estar contida no artigo 5º, que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, não podendo, portanto, abrangê-la a outros artigos.¹²²

¹¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 364-366.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 334.

¹²⁰ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 333.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 272.

Conforme a elaboração sistemática produzida ao longo desta monografia, visa-se, no entanto, não fazer uma mera análise literal e formal do texto constitucional; assinala-se, antes, a extrema relevância do estudo teleológico¹²³ sobre o tema, como se tentou desenvolver até o presente momento.

Nota-se que a vontade do legislador constituinte não vai de encontro à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais (caso em estudo). Tanto é esta a interpretação do texto constitucional que se entende pela aplicação imediata não só dos direitos dentro do catálogo dos direitos fundamentais, mas, também, dos direitos que estão fora deste catálogo, assim como dos direitos resguardados em pactos, tratados e declarações internacionais, se analisados harmonicamente com o § 2º do artigo 5º da Constituição.^{124 125}

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a problematização quanto à incidência do § 1º do artigo 5º da Constituição aos direitos sociais não apresenta tanta dificuldade como o problema do alcance da eficácia e da aplicabilidade de tais direitos. Diante desta questão, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que os instrumentos processuais referentes ao mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão não possuem “por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta e sua plenitude eficaz”.¹²⁶

Neste sentido, o autor supracitado conclui que tais instrumentos processuais mostram que estão a serviço do instituto da aplicação imediata e que a afirmação de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata tornam “dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie – os institutos de cunho jurídico-processual referidos”.¹²⁷ Do mesmo modo, em que pese fazer parte da corrente que sustenta a existência de normas programáticas na constituição, declara a importância do § 1º do artigo 5º da Constituição.¹²⁸

Ingo Wolfgang Sarlet não vê dificuldade em aceitar referida aplicação aos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que estes, em sua maioria, concernem a direitos de defesa. Todavia, ressalta o autor que os direitos com função prestacional também possuem aplicação imediata, mas, “não há, por certo, como sustentar que tal se dê de forma idêntica aos direitos de defesa”.¹²⁹ Assim, preleciona a cautela com relação à análise do instituto da

¹²³ Teleológico “diz de argumento, conhecimento ou explicação que relaciona um fato com sua causa final”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio do Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1938.

¹²⁴ “Art. 5º. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição 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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 273-274.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 276.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 276.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 278.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 279-280.

aplicação imediata, sem que se caia em posições extremas que retratam, por um lado, a desnecessidade do instituto, e, por outro lado, a eficácia plena considerada do instituto sem que se faça necessário qualquer tipo de ato concretizador dos direitos fundamentais.¹³⁰

Presume-se, então, que os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional necessitam de maior cuidado quando da afirmação de sua aplicação imediata e de prévia análise da norma de direito fundamental em concreto, pois há a existência de limites que são impostos, mesmo ao Poder Judiciário, que devem ser respeitados.

[...] cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática [...].¹³¹

Ingo Wolfgang Sarlet arremata, dizendo que “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”.¹³²

A forma com que a norma de direitos e garantias fundamentais é positivada e a função que exerce trazem importantes conseqüências para a questão da eficácia de tais normas. Assim, formar-se-á o conhecimento sobre os direitos fundamentais e, em especial, sobre os direitos fundamentais sociais, analisados sob o § 1º do artigo 5º da Constituição, tendo em vista suas diferentes funções, de modo a analisar a eficácia e a aplicabilidade de tais direitos.

4.3.1 Direitos fundamentais sociais de defesa com aplicação imediata

Em relação aos direitos fundamentais de primeira dimensão (Ingo Wolfgang Sarlet) ou de primeira e segunda geração (Gilmar Antonio Bedin), tem-se que não há dificuldades na interpretação da eficácia, pois, tendo em vista que estes direitos concernem a

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 271-281.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 283.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 284.

direitos de abstenção de atos pelos poderes estatais, no caso de descumprimento, têm-se os remédios constitucionais, tais como o acesso à justiça para a impetração de mandado de segurança ou *habeas corpus*.

Já a plena eficácia dos direitos fundamentais sociais de defesa é analisada sob outro ponto de vista. Geralmente, estes direitos são dotados de normatividade que possibilitam sua interpretação e aplicação, sem necessidade de normatização legislativa posterior. A norma da aplicação imediata, trazida pelo instituto do § 1º do artigo 5º da Constituição, garante a “plena justiciabilidade destes direitos”¹³³, isto é, a garantia de exigibilidade por meio do Poder Judiciário.¹³⁴

Ressalta-se, por oportuno, que a as liberdades sociais não carecem “em regra, de alocação de recursos [reserva do possível]”¹³⁵ e de concretização legislativa”.¹³⁶ Tal entendimento é direcionado a Ingo Wolfgang Sarlet, não sendo, todavia, o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹³⁷

Ante o exposto, aos direitos fundamentais sociais de defesa prevalece o entendimento pela aplicação imediata, de maneira que garante a maior eficácia possível, devendo o Poder Judiciário contribuir neste sentido, empregando o instituto jurídico aos fatos, “viabilizando [...] o pleno exercício destes direitos [...], outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade”, de acordo com a lição de Ingo Wolfgang Sarlet.¹³⁸

4.3.2 Direitos fundamentais sociais prestacionais com aplicação imediata

Os direitos fundamentais a prestações são direitos fundamentais e, portanto, são auto-aplicáveis, face ao dispositivo constitucional do § 1º do artigo 5º, conforme analisado

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 288.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 288.

¹³⁵ Disponibilidade e possibilidade material e jurídica, por parte do destinatário da norma, de realizar o direito resguardado, dentro dos limites do possível. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 298-303.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 289.

¹³⁷ “[...] importa ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de um típico direito de defesa (no caso, uma liberdade social), sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio Constituinte considerou esta como pressuposto do exercício do direito fundamental”. O direito de defesa que Ingo Wolfgang Sarlet menciona é o direito de greve dos servidores públicos (artigo 37, inciso VII da Constituição), que foi objeto de mandado de injunção e, após, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a norma possui eficácia limitada, dependendo, portanto de concretização legislativa. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 290.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 293.

até o presente momento. Questiona-se, no entanto, como seria possível atribuir plena eficácia jurídica aos direitos prestacionais devido ao preceito da aplicação imediata.

Como já identificado alhures, os direitos sociais prestacionais se caracterizam por serem direitos de impor ao Estado um posicionamento ativo no âmbito econômico e social, supondo que este coloque à disposição de seus cidadãos o objeto tendente à melhor realização da igualdade material (prestação positiva).¹³⁹ Nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet,

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, como já assinalado alhures, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.¹⁴⁰

Os direitos fundamentais sociais, por serem direitos ligados a ações positivas pelo Estado, dependem, para sua realização, que existam recursos econômicos.¹⁴¹ Tal disposição trata da “reserva do possível”, que deve ser observada para a plena realização dos direitos fundamentais, que compreende:

[...] a efetiva disponibilidade fática dos recursos [...]; [...] a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos [...]; [e, por fim], já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.¹⁴²

Vale dizer que a reserva do possível não faz parte do conceito de direitos fundamentais, mas, sim, compreende uma limitação a estes direitos.

Via de regra, os direitos fundamentais sociais são tidos como direitos relativos¹⁴³, pois, doutrinariamente, tem-se que são direitos dependentes de concretização legislativa infraconstitucional, “por desencadear sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão-somente após concretizados pelo legislador”.¹⁴⁴ É por tais características acerca dos direitos fundamentais sociais, que se faz necessária considerações sobre a aplicabilidade imediata destes.

A qualidade de norma programática dada aos direitos fundamentais sociais implica o problema da eficácia plena, tendo em vista tratar de normas com baixo grau de normatividade, já que a concretude relacionada a estes direitos depende de providências

¹³⁹ Nota-se que, apesar de preponderar a dimensão de direito positivo, ou seja, que enseja a realização de uma ação pelo poder estatal, tem-se que este pode apresentar uma dimensão negativa quando “a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 297.

¹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 298.

¹⁴¹ A dimensão econômica dos direitos fundamentais não é restrita aos direitos sociais. Todos os direitos fundamentais, em menor ou em maior grau, exigem recursos materiais e humanos. Ressalta-se que os direitos fundamentais sociais demandam uma maior parcela de recursos.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 301-302.

¹⁴³ Há quem considere, conseqüentemente, os direitos de defesa como direitos absolutos. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 305.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 304.

concretas elaboradas por meio de políticas públicas. O entendimento trazido por Ingo Wolfgang Sarlet, em relação às normas constitucionais programáticas, é de que “todas as normas de direitos fundamentais são diretamente [sic] (imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão “programática” dos direitos fundamentais”.¹⁴⁵

Eros Roberto Grau leciona que as normas denominadas de programáticas¹⁴⁶ “são normas dotadas de eficácia normativa, seguramente. O adjetivo não desqualifica o substantivo a que vem acoplado”.¹⁴⁷ A Constituição brasileira de 1988, arremata o autor, é uma constituição dirigente, porque vincula o Poder Legislativo à elaboração de leis.¹⁴⁸

A eficácia jurídica das normas definidoras de direitos fundamentais pode ser demonstrada em diversos sentidos, como “eficácia vinculante”. Um destes sentidos, concerne à revogação de normas que vão de encontro com os anseios entabulados pelos direitos e garantias fundamentais, denominada de “eficácia derogatória”.¹⁴⁹

Outro sentido dado à eficácia das normas pode ser reconhecido com a vinculação do legislador às normas definidoras de direitos fundamentais, quando de sua própria regulamentação, além do dever de cumpri-las. Impõe-se, deste modo, a declaração de inconstitucionalidade de atos contra os direitos fundamentais publicados depois da Constituição de 1988.¹⁵⁰

Um terceiro sentido diz respeito à utilização das normas definidoras de direitos fundamentais para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais (sejam fundamentais ou não-fundamentais). Esta sentido controla também o poder discricionário tanto da Administração Pública quanto do Poder Judiciário.¹⁵¹

Uma quarta compreensão relaciona-se com a criação de uma posição jurídico-subjetiva, formando, assim, sua dimensão negativa (analisada anteriormente). Isto significa dizer, segundo alerta Ingo Wolfgang Sarlet, que “não é pelo fato de o art. 6º da CF referir expressamente um direito ao trabalho, que se pode simplesmente extrair a consequência de que ao particular cabe o poder de reclamar judicialmente que lhe seja concedido um emprego”.¹⁵²

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 309.

¹⁴⁶ Fala-se “denominadas”, pois, para este autor, a expressão “normas programáticas” não deveria mais ser utilizada por portar “em si vícios ideológicos perniciosos”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 365.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 365.

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 366.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 310.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 310-311.

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 312.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 316.

E, uma última reflexão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, refere-se à proibição de retrocesso social. O princípio da proibição do retrocesso social possui íntima conexão com a segurança jurídica, assim como com o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que os direitos e garantias fundamentais retem garantidos, pois as leis infraconstitucionais que tratam de normas de direitos prestacionais programáticos não poderão ser modificadas pelo legislador que criou as referidas normas.¹⁵³

Já com relação aos tipos que os direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, salienta-se que tanto podem ser derivados, quanto originários, tendo em vista sua origem legislativa. Os direitos derivados a prestações são aqueles que o legislador já concretizou, de maneira que gerou um direito subjetivo prestacional, ou seja, concerne a uma norma infraconstitucional que existe devido a uma norma constitucional programática definidora de direitos fundamentais sociais. Já os direitos fundamentais sociais originários são aqueles consagrados na Constituição e possuem a possibilidade de concretização pelo legislador.¹⁵⁴

Os direitos derivados contêm maior destaque em relação à eficácia quando tratados pelo princípio do retrocesso social, pela eficácia derogatória, bem como quando tidos como direitos subjetivos capazes de serem compelidos judicialmente.

Os direitos originários a prestações sociais (principal objeto de análise do presente estudo), são questionados sobre sua plena justiciabilidade, reconhecendo-se sua dimensão de direito negativo, isto é, jurídico-objetiva (quer individualmente, quer coletivamente), e, conseqüentemente, afirmando ou negando sua eficácia e efetividade.

Ingo Wolfgang Sarlet traz os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, que advoga pela possibilidade de reconhecimento de subjetividade às normas programáticas definidoras de direitos fundamentais de cunho prestacional, ponderando que:

[...] alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição.¹⁵⁵

Há entendimentos que reconhecem a aplicação imediata de direito fundamental social prestacional, pois são direitos subjetivos, afirmando que cabe ao Poder Judiciário a garantia do direito ao caso concreto. É o entendimento de Eros Roberto Grau, ao afirmar que, “além de o Legislativo não deter o monopólio do exercício da *função normativa*, mas sim,

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 434-436. Ver ainda: FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 2007.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 315.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 323.

apenas, da *função legislativa*” (destaques no original)¹⁵⁶, permitindo que o Poder Judiciário aplique a norma fundamental programática à realidade.¹⁵⁷

Os direitos fundamentais sociais positivados na Constituição brasileira, no artigo 6º, estabelecem as garantias que, socialmente, devem ser realizadas por meio de recursos materiais, para que se alcance o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, resguardado no artigo 1º, inciso III, assim como no artigo 170, *caput*, que trata da finalidade da ordem econômica no País.¹⁵⁸ Assim, “não a dignidade da pessoa humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípua da prestação assistencial”.¹⁵⁹

Adverte-se, novamente, que o modo como o legislador constituinte positivou a norma de direito fundamental social é importante para a análise de sua eficácia jurídica. Pode-se entender que mesmo as normas jurídico-objetivas possuem eficácia, mas, por outro lado, também se pode desconsiderá-las, tendo em vista o argumento de que necessitam de concretude infraconstitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar sobre o direito à saúde como direito fundamental constitucionalmente garantido, entende que

[...] o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais [...], diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.¹⁶⁰

Diante do exposto, propõe-se que os direitos fundamentais sociais originários, constitucionalmente positivados de cunho prestacional, contêm um direito jurídico-subjetivo capaz de ser cobrado judicialmente e, conseqüentemente, capaz de agregar, além de eficácia jurídica, eficácia material. Por isso, compreende-se que os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição são direitos que possuem eficácia jurídica. Nota-se, contudo, que a justiciabilidade arraigada nestes direitos deve ser analisada conforme o direito social exigido. Isto significa afirmar que, por exemplo, o direito à moradia não compete o direito à propriedade, bem como o direito ao trabalho não caracteriza a garantia pelo Estado de emprego a todos. O Estado, assim como os órgãos que o compõem (poderes públicos, legislador, etc.), deve proteger os direitos sociais como direitos diretamente relacionados ao direito à vida, devendo escolher o meio pelo qual tal garantia terá eficácia e efetividade.¹⁶¹

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. p. 322.

¹⁵⁷ Verificar o item 4.2.1.4 do presente trabalho.

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 338.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 343.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 350.

Corroborando com a assertiva supramencionada, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

[...] não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁶²

A eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais originários, portanto, resta comprovada. Não obstante, a efetividade (eficácia material) de tais direitos que possuem o intuito de realizar a justiça social não é garantida somente por meio das normas, nem somente pela prerrogativa atribuída ao Poder Judiciário de decidir sobre o assunto. Outros fatores são determinantes para a efetividade dos direitos sociais, como o desenvolvimento da ordem econômica e um planejamento pelos órgãos estatais e pelos agentes políticos que faça jus aos anseios e expectativas constitucionais, devendo levar a sério a reserva do possível ao aplicar o dispositivo constitucional positivado no § 1º do artigo 5º, sem entrar no que Ingo Wolfgang Sarlet chama de falacioso.¹⁶³

Nesse sentido, os direitos fundamentais de cunho social prestacional não podem ser considerados como mero capricho criado pelo constituinte. Deve-se compreendê-los como direitos fundamentais para a realização das liberdades individuais e coletivas e dos direitos políticos como pressuposto para a efetivação da dignidade inerente às pessoas humanas, bem como pressuposto determinante para a concretização da justiça social e para a reafirmação do Estado de Direito Democrático.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 371-372.

¹⁶³ “O que tem sido, de fato, falacioso, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 375.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, conforme exposto alhures, como direitos reconhecidos pelos Estados democráticos e resguardados em suas constituições, provêm dos direitos humanos, ou seja, são frutos de lutas sociais no decorrer da história. A constituição de determinado país garante os direitos fundamentais determinantes de uma época e de um povo, cuja fundamentalidade é consequência dos anseios do poder constituinte originário.

Esta fundamentalidade dos direitos consiste, além da positivação constitucional, na garantia da dignidade da pessoa humana e na sua intangibilidade, por constituírem direitos conquistados. No caso brasileiro, os direitos fundamentais se encontram no Título II da Constituição e são cláusulas pétreas, todavia há previsão de direitos fundamentais que não estejam, necessariamente, no catálogo apresentado no referido título da Constituição.

Os direitos fundamentais podem exercer diferenciadas funções, como direitos com função objetiva e com função subjetiva. A função objetiva dos direitos fundamentais abrange as normas constitucionais formais, direcionadas ao Poder Público, fornecendo, no âmbito dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, suas diretrizes para a construção de uma sociedade democrática. Já a função subjetiva dos direitos fundamentais seria o direito propriamente dito. Exprime a idéia de que o direito fundamental pode ser reclamado judicialmente em função de um direito legítimo.

Partindo das funções objetiva e subjetiva, a doutrina formulou diversas classificações dos direitos fundamentais, dividindo os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, sendo que este último se subdivide em direitos a prestações em sentido amplo (que abrange os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito.

Nestes termos, justifica-se a fundamentalidade atribuída aos direitos sociais, que geralmente são caracterizados por serem direitos cujo conteúdo contempla uma prestação, ou seja, uma ação positiva por meio dos poderes públicos. Diferenciam-se estes direitos, principalmente, de outros direitos, por sucederem, historicamente, os direitos e liberdades individuais e os direitos políticos.

Resta saber que a finalidade precípua dos direitos sociais é o alcance da igualdade material. A presença destes direitos no artigo 6º, entre outros da Constituição brasileira, não retira a fundamentalidade que possuem, o que leva a dizer que os direitos sociais, por sua vez, são multifuncionais.

No âmbito subjetivo, há um titular de direito que constitui os pressupostos para a realização da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade material. Na esfera formal, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais sociais constitui a estrutura, a forma de positivação, bem como a vinculação dos poderes públicos. É por isso que os direitos sociais são fundamentais, pois, muitas vezes, a concretização deles se torna imprescindível para a satisfação de outras necessidades, como as liberdades civis e políticas.

Não se defende que os direitos sociais são a solução para muitos dos problemas encontrados na sociedade. Defende-se, sim, que a garantia dos direitos sociais, assim como a sua aplicação na sociedade são parte de um processo de nivelamento social. Não se pretende a construção de um Estado com bases anarquistas, ou mesmo comunistas, mas, sim, um Estado que, independente do modelo econômico estabelecido, seja capaz de prover o mínimo necessário a seus cidadãos, não deixando que o fosso de desigualdade permaneça como se encontra atualmente ou mesmo aumente.

Neste sentido, vê-se que o presente trabalho aborda um tema relevante, tendo em vista que a Constituição dispõe, no § 1º do artigo 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicadas imediatamente, pois como direitos fundamentais, então, logicamente, os direitos sociais carecem de aplicação imediata.

Entretanto, a conclusão não pode ser tão precipitada. Conforme verificado, os direitos sociais podem ser tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações. Em se tratando de direitos fundamentais sociais de defesa, não há questões notórias que contrariem a conclusão de sua imediata aplicação e, conseqüentemente, sua plena eficácia, haja vista não necessitarem de recursos materiais e nem de concretização legislativa. Contudo, o mesmo não acontece com os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

Os direitos sociais fundamentais podem sofrer restrições em dois aspectos principais: pela reserva do possível (que preconiza a existência de recursos materiais suficientes para a realização fática das garantias constitucionais fundamentais) e pela concretização legislativa, tendo em vista tratarem de normas programáticas (implicando baixa normatividade e, em decorrência, falta de efetividade).

Em que pesem os direitos fundamentais sociais sofrerem restrições, destaca-se o caráter destes direitos como direitos que pretendem a realização da dignidade da pessoa humana e da justiça social, haja vista a finalidade de auferir a igualdade material.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais permite a afirmação de que os direitos sociais fundamentais de cunho prestacional, mesmo sendo caracterizados como normas programáticas, podem se apresentar como direito subjetivo. Neste sentido, são

dotados de eficácia jurídica plena, segundo o que estabelece o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, devendo, todavia, analisar-se a justiciabilidade de cada direito social separadamente.

Portanto, tem-se que os direitos fundamentais sociais originários de cunho prestacional devam ser aplicados imediatamente, ou seja, possuem possibilidade de serem impostos ao Estado, mesmo por meio do Poder Judiciário, que deve se pronunciar prontamente sobre a questão suscitada, de maneira que realize a eficácia jurídica inerente a tais direitos.

Com relação à eficácia material, importa dizer que os poderes públicos, bem como a sociedade devam trabalhar em prol do bem comum, a fim de que sejam cumpridos os anseios constitucionais, tais como, além das liberdades individuais, políticas, sociais, econômicas e culturais, cumpra-se também com as garantias ao bem-estar, à segurança jurídica, ao desenvolvimento social, à igualdade material e à justiça. Todos pressupostos para uma sociedade justa e fraterna, calcada, efetivamente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEMANHA. **Constituição da Alemanha de 1919**. Disponível em:
<http://74.125.93.104/translate_c?hl=pt-BR&langpair=en%7Cpt&u=http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php&prev=/translate_s%3Fhl%3Dpt-BR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2BWeimar%2B1919%26sl%3Dpt%26tl%3Den&usg=ALkJrhgXt0F_CnPa-yvYFabvOEUBBZCrRQ#First%20Part>.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Disponível em: Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>.

_____. **Lei nº 7.998, de 11 de Janeiro de 1990**. Regula o Programa de Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm#art2>.

_____. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 25 de setembro de 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos. In: **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CHÂTELET, François. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de San José da costa rica**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0620.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio do Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILETI, Narbal Antonio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. 265 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, neoliberalismo e direito no Brasil**. Londrina: Humanidades, 2004.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GORENDER, Jacob. **Direitos humanos**: o que são ou o que deveriam ser. São Paulo: Senai, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1985.

MARTÍNEZ, Gregório Peces- Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

_____. **Derechos sociales y positivismo jurídico**. Cuadernos “Bartolomé de las casas”. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MARX, Karl. **O Capital**. 4. ed. Livro terceiro, vol. V. São Paulo: Difel, 1985.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Bahia: JusPodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÉXICO. Constituição (1917). **Constituição dos Estados Unidos do México de 1917**. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/translate?hl=pt->

[BR&langpair=en|pt&u=http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html&prev=/transl
ate s%3Fhl%3Dpt-
BR%26q%3Dconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bmexicana%2B1917%26tq%3D191
7%2BMexican%2Bconstitution%26sl%3Dpt%26tl%3Den](http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html&prev=/transl%20ate%20s%203Fhl%203Dpt-constitui%2025C3%2025A7%2025C3%2025A3o%202Bmexicana%202B1917%2026tq%203D1917%202BMexican%202Bconstitution%2026sl%203Dpt%2026tl%203Den) >.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 3.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

PROTÁGORAS. In: Enciclopédia LAROUSSE CULTURAL. São Paulo. vol. 20. p. 4806.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, DE PLÁCIDO, **Vocabulário Jurídico**. SLAIBI FILHO, Nagib e CARVALHO, Gláucia. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Eliane. **A retirada dos direitos sociais e trabalhistas como necessidade para o capital**. Florianópolis, UFSC. Trabalho de Conclusão de Curso em Ciências Sociais.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

ULYSSÉA, Renata Caetano Góes. **A dignidade da pessoa humana e a globalização neoliberal**: abordagem teórica sobre suas contradições perante o desemprego. 63 f. Monografia (Faculdade de Ciências Sociais). Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2007.