

# ASPECTOS GERAIS DA EFICÁCIA E DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

**Samantha Chantal Dobrowolski<sup>1</sup>**

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais: Conceito Básico e Níveis de Análise. 1.1. Considerações Gerais. 1.2. Nível Analítico ou Semântico. 1.3. Nível Normativo ou Axiológico. 1.4. Nível Pragmático. 2. Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais. 2.1. Sentido e Alcance da Norma Contida no Parágrafo 1º do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. 2.2. Eficácia Plena e Aplicabilidade Imediata e as Duas Categorias Básicas de Direitos Fundamentais. 2.2.1. Direitos Fundamentais de Defesa. 2.2.2. Direitos Fundamentais a Prestações. 2.2.2.1. Especificidade da Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. 3. Eficácia Vinculante dos Direitos Fundamentais. 3.1. Vinculação dos Poderes Públicos aos Direitos Fundamentais. 3.2. Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. 4. Eficácia Protetiva dos Direitos Fundamentais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

## **Introdução**

O presente artigo centra-se no exame da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, em seus aspectos teóricos gerais e no que tange ao tratamento dispensado ao tema na Constituição brasileira de 1988, sem, no entanto, analisar o desempenho efetivo dos poderes do Estado na concretização de tais direitos. A abordagem do assunto será desenvolvida no marco da moderna teoria jurídica e da moderna teoria constitucional, tomando-se de empréstimo as conceituações e o método de Ingo Wolfgang Sarlet, pelo

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda em Direito pela UFSC.

constitucionalismo nacional, e de Robert Alexy, autor de modelos teóricos mais completos sobre direitos fundamentais, cuja tradição analítica se tentará seguir em linhas gerais. Partindo-se da caracterização geral dos direitos fundamentais, através da apresentação de seu conceito básico e de uma necessária inserção deste nos três níveis usuais de análise da teoria jurídica contemporânea (analítico ou semântico, normativo ou axiológico e pragmático ou empírico), tratar-se-á da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, temas que se situam essencialmente no nível pragmático da análise, que se ocupa das manifestações concretas e cotidianas do fenômeno jurídico. Após a verificação do sentido e alcance da norma contida no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, de caráter principiológico, examinar-se-ão a eficácia plena e a aplicabilidade imediata das duas categorias básicas de direitos fundamentais: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Finalmente, efetuar-se-á avaliação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais em relação aos poderes públicos e aos particulares e de sua eficácia protetiva, garantidora da continuidade das conquistas sociais plasmadas juridicamente na Constituição.

## **1. Direitos Fundamentais: Conceito Básico e Níveis de Análise**

### **1.1. Considerações Gerais**

A temática dos direitos fundamentais se insere entre as mais importantes do constitucionalismo e da teoria do Estado contemporâneos. Justamente por isto, e, para tratar dela em limites tão estreitos como os deste trabalho – cujo desenvolvimento terá que prescindir de um exame mais detalhado de aspectos históricos, sociológicos e políticos do objeto analisado, sem promover confusão conceitual nem falsos desacordos teóricos, é preciso, antes, estabelecer algumas premissas básicas, delimitando, para fins didáticos, o alcance de expressões como Estado e Constituição, cuja utilização embasará a exposição subsequente.

Assim, dentro de um enfoque didático e puramente jurídico, voltado ao estágio atual da doutrina constitucional – como o que interessa neste estudo –, Constituição é a lei fundamental e suprema de um Estado. É o estatuto, preferencialmente escrito e de caráter rígido, que contém normas

referentes à organização do Estado e à estruturação de seus elementos básicos (povo, governo, território e finalidade), à formação dos poderes públicos, à forma de governo, à aquisição do poder de governar, ao modo, exercício e limitações deste, à distribuição de competências, aos direitos, garantias e deveres dos indivíduos.<sup>2</sup> A Constituição é, por conseguinte, o berço jurídico-positivo dos direitos fundamentais ora sob análise. E, por estarem no topo do ordenamento jurídico, os comandos da Constituição condicionam todo o desdobramento do Direito na sociedade, seja no que diz com a sua criação legislativa, seja no que toca à sua interpretação e aplicação – inclusive, é claro, em relação aos direitos fundamentais.

Já Estado, para os fins aqui propostos, é a “espécie de organização política, munida de coerção e de poder, que pela legitimidade da maioria, administra os amplos interesses e objetivos do todo social, sendo sua área de atuação delimitada a um determinado espaço físico”.<sup>3</sup>

Impende realçar, ademais, que, como ordenação jurídica máxima do político em uma dada sociedade, limitadora do poder e garantidora das liberdades, a Constituição caracteriza-se normalmente, nos Estados democráticos contemporâneos – como no caso brasileiro –, por ser um documento compromissório, que reflete o equilíbrio possível entre diversas forças sócias e políticas contrapostas e espelha, também na maior medida possível, os valores socialmente relevantes em determinada formação social. Desta forma, como pacto resultante da ponderação entre as forças existentes na sociedade, a Constituição traduz em termos de *dever ser* aspectos variados das relações sociais, do *ser*, nos quais se incluem destacadamente as declarações de direitos fundamentais da pessoa humana como freios aos abusos do Estado e projeções de seu agir futuro, de suas metas e fins. Daí o caráter fluido ou impreciso de muitos de seus conteúdos, cuja determinação, no momento da aplicação concreta, deve procurar filtrar racionalmente todas as manifestações culturais que a condicionam e informam desde a gênese.sócio-

Aduza-se ainda, para melhor delimitar o sentido da Constituição, uma

---

<sup>2</sup> Utiliza-se, aqui, portanto, um conceito simples, como os tradicionalmente encontrados na dogmática constitucion-onal pátria, em que se ressalta o sentido material de Constituição (conteúdos tipicamente constitucionais, ou seja, ordenação e limites do poder estatal e direitos e garantias individuais), além do aspecto formal relativo à positivação escrita e rígida - isto é, aquela forma de Constituição em que está previsto um processo mais dificultoso e especial para a reforma de seus dispositivos, podendo estar vedada a alteração de alguns de seus conteúdos (por ex., a CF/ 88, cfe. art.60, parágrafo 4o).

<sup>3</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para um crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990.p. 12.

breve indicação de seus elementos constitutivos, baseada na lição de José Afonso da Silva<sup>4</sup>, a saber: a) elementos orgânicos, que regulam os poderes estatais e definem a respectiva estrutura (por ex., títulos III e IV da CF/88); b) elementos limitativos, isto é, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que traçam linhas divisórias entre a esfera do indivíduo e o âmbito de atuação estatal (por ex., art. 5º. da CF/88); c) elementos sócio-ideológicos, reveladores do compromisso entre o Estado individual e o Estado social, que desenham o perfil ideológico do Estado dado (títulos VII e VIII da CF/88, por ex.); d) elementos de estabilização constitucional, destinando a garantir a paz social, que constituem instrumentos de defesa do Estado e permitem a recomposição de sua normalidade (por ex., título V da CF/88); e) elementos formais de aplicabilidade, os quais traçam regras referentes ao modo de aplicação do Texto Constitucional (como, por ex., o preâmbulo, as disposições transitórias e a norma do art. 5º., parágrafo 1º da CF/88).

Partindo-se esquematicamente dessa classificação, percebe-se que exatamente sobre o último dos elementos constitutivos – os elementos formais de aplicabilidade da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais nela enunciados -, é que reside o cerne do presente estudo. E, para um maior aprofundamento desta multifacetada questão, embora sem pretensões de abarcar todos os seus aspectos, seu exame pode ser ordenado e desenvolvido, consoante algumas abordagens teóricas usuais da teoria jurídica contemporânea, em três níveis distintos, mas interrelacionados: o analítico (ou semântico), o normativo (ou axiológico) e pragmático (ou empírico). Adiante, serão apresentados, sinteticamente, elementos e dados de cada um dos níveis referidos, cingindo-se ao necessário à elucidação do tema ora tratado, cujo estudo se concentrará na relação dos direitos fundamentais e o nível pragmático da análise.

## **1.2. Nível Analítico ou Semântico**

No nível analítico ou semântico, dada a ausência de consenso terminológico e conceitual na doutrina, deve-se estabelecer um conceito básico dos direitos fundamentais a partir da fórmula linguística adotada pelo cons-

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 5.ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1989. p.43-4.

tituinte de 1988 e de suas relações com o sistema jurídico como um todo. Assim, os direitos fundamentais não de ser compreendidos como:

“aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)”<sup>5</sup>.

Semanticamente, ainda é necessário distinguir os direitos fundamentais, que *“poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan solo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica y institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo (...) [posto que se] trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho”*<sup>6</sup>, dos direitos humanos, cujo conceito apresenta contornos mais imprecisos e amplos e normalmente significa *“un conjunto de facultades e instituciones que, en 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 (...) [possuindo, pois], una connotación prescriptiva o deontológica, ai abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas ai sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido”*<sup>7</sup>, e, desta forma, não sendo necessariamente assimilados pelo sistema jurídico-positivo interno de cada país, vez

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. In. SARLET, Ingo Wolfgang, org. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 140. Este conceito é, segundo seu autor, desenvolvido a partir da definição de Robert ALEXY, constante da p. 407 da edição alemã de seu **Teoría de los derechos fundamentales** (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.607p.), mas levou em conta especificidades da ordem constitucional brasileira – o que, por sua vez, se ajusta perfeitamente ao desenvolvimento deste trabalho, como advertido na introdução.

<sup>6</sup> PEREZ LUNO, António E. **Los derechos fundamentales**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993. p.47.

<sup>7</sup> PEREZ LUNO, António E. **Los derechos fundamentales**. p.46-7.

que sua constituição repousa no plano do direito internacional.

Diante desses precisamentos terminológico-conceituais, assentado está o sentido da expressão direitos fundamentais no curso deste trabalho.

### 1.3. Nível Normativo ou Axiológico

No nível normativo ou axiológico, por outro lado, trata-se de fundamentar e explicitar as razões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas da própria existência dos direitos fundamentais, fruto de longa evolução histórica, que também acompanha e reflete, sendo influenciada e influenciando a trajetória histórica do próprio constitucionalismo e das transformações do Estado e de sua teorização.

Pode-se dizer que, a partir da consciência sobre os horrores perpetrados pelos regimes totalitários deste século (nazi-fascismo e socialismos reais, e, mais recentemente, a segregação racial na África do Sul, as guerras tribais e as guerras de limpeza étnica) e da crescente consolidação da democracia como a forma mais equilibrada e controlável de exercício do poder, inexistente controvérsia a respeito da imprescindibilidade dos direitos fundamentais e de um discurso jurídico sobre eles. Discute-se, neste particular, apenas a respeito da fundamentação dos direitos fundamentais. Vale dizer: afirma-se, sem problemas, a sua existência, mas busca-se um modo de responder racionalmente à pergunta: por que existem e devem existir direitos fundamentais? A resposta, não obstante ainda haja alguma divergência no atual estágio da discussão, devido à contraposição entre as escolas subjetivistas, objetivistas e intersubjetivistas<sup>8</sup>, parece repousar em um certo consenso doutrinário básico sobre o fundamento dos direitos fundamentais, de seu caráter universal e do papel central e decisivo que ocupam nos ordenamentos jurídico-positivos dos Estados democráticos: o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>8</sup> Anote-se apenas, aqui, que o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido o pressuposto expresso ou implícito das reflexões divergentes sobre a fundamentabilidade dos direitos humanos, que sempre se remete-se à condição humana para sustentar a imprescindibilidade dos direitos humanos ou fundamentais, divergindo sobre como fundamentá-los para além do recurso à sua presença nas grandes declarações de direitos e nas Cartas Políticas da maioria dos países de tradição ocidental. Para maiores detalhes a respeito, confirmam-se, na obra de António E. Perez Lufio, **Derechos humanos, estado de derecho y constitución** (Madrid: Tecnos, 1994), as páginas 132 a 184.

Neste sentido, ensina o ilustre Paulo Bonavides que a “*vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana*”<sup>9</sup>. E, ao apresentar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, explica que estes passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII”<sup>10</sup> - a qual “procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao género humano, objeto daquela universalidade”<sup>11</sup>.

Aduza-se ainda que em su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado dei acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados ai logro de metas comunes (...) [e, por isto], su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático ai que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediência ai Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador dei funcionamiento de cualquier sociedad pluralista<sup>12</sup>.

Portanto, considerados sob um ângulo normativo, voltado ao precisamente de seu fundamento ético-filosófico, axiológico - o qual está na base de sua positivação jurídico-dogmática em um dado Estado -, os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos proclamados pelo sistema internacional, “dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurí-

---

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.p.516.

<sup>10</sup> BONAVIDES. **Curso**. p. 517. Refere-se o autor à evolução dos direitos fundamentais através das três conhecidas gerações sucessivas e cumulativas (direitos individuais e políticos; sociais, económicos e culturais; difusos e coletivos) e aduz uma quarta geração de direitos, afetos ao “futuro da cidadania e [a]o porvir da liberdade de todos os povos”(p.526), compreendendo o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, a fim de ser possível a construção de uma sociedade aberta do futuro (ob. cit., p.525).

<sup>11</sup> BONAVIDES. **Curso**. p. 527.

<sup>12</sup> PEREZ LUNO. **Los derechos**. p.20-1.

dicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado”<sup>13</sup>. Eles são:

“poderes de exclusão nas liberdades, poderes de controle nos direitos e cívicos, poderes de reivindicação nos direitos sociais (...) [e mesmo políticos tendo que se adaptar] às novas necessidades, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos (...) continuam a ter sentido apenas se não perderem essa matriz libertadora que constitui o momento da tradição que permanece na sua história, que se vai fazendo”<sup>14</sup>

Nessa medida, representam, em cada momento histórico, a determinação material do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual é a base e o motivo de sua existência.

#### 1.4. Nível Pragmático

Finalmente, no nível pragmático – do qual se ocupará o ulterior desenvolvimento deste trabalho -, cuida-se de verificar a inserção dos direitos fundamentais na realidade cotidiana, através da análise do processo de sua aplicação, de sua efetiva concretização e das relações entre ambos.

Em termos estritamente jurídicos, trata-se de abordar, aqui, o alcance da eficácia dos direitos fundamentais e aplicabilidade dos direitos fundamentais, tendo-se em conta, segundo entendimento preponderante na doutrina, que uma norma só é eficaz por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Isto porque a eficácia jurídica deve ser entendida como a possibilidade (aptidão) de uma norma jurídica - e também, por conseguinte, de uma norma definidora de direitos fundamentais - vigente (isto é, juridicamente existente; validade interna do sistema jurídico) ser aplicada aos casos concretos e de, na medida de sua aplicabilidade, gerar efeitos jurídicos. Trata-se, pois, da qualidade da norma de produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, ao regular as situações, relações e comportamentos nela indicados. Cinge-se ao campo da possibilidade, no que se diferencia da efetividade ou eficácia social, relativa à real obediência e aplicação da norma no plano dos fatos.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> SARLET. *Os direitos*, p. 139.

<sup>14</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p.292-3.

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p.210-II.



Partindo-se dessas premissas, deve-se, em seguida, centrar a análise dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico específico - no caso, o brasileiro -, a fim de se medir o alcance de seus efeitos e de sua efetivação (isto é: verificar se alcançam apenas os indivíduos em sua relação com o Estado ou também em suas relações particulares e como isto se dá). Para tanto, é necessário partir-se da dupla função dos direitos fundamentais, conforme a constatação corrente do constitucionalismo atual, segundo a qual,

“en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados (...) [vale dizer:]. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho”<sup>16</sup>.

Decorre daí a tese da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, sustentada pela doutrina, posto que, do ponto de vista constitucional (inclusive, conforme a Constituição Federal de 1988), eles não constituem mais meros direitos públicos subjetivos, nem simples direitos de defesa contra o Estado, mas se consubstanciam também em valores objetivos básicos e metas de ação positiva dos poderes públicos. E, com este enfoque, visando à utilidade da reflexão, limita-se a presente abordagem a uma classificação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais,

“calcada em critérios objetivos, funcionais e diretamente embasados nas especificidades do direito constitucional positivo (...) e que, por sua vez, tenha como ponto de partida a perspectiva multifuncional (...) - na esteira de Alexy e Canotilho - (...) [partindo] da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de di-

---

<sup>16</sup> PEREZ LUNO. Los derechos. p. 25-6.

reitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica)”<sup>17</sup>

a partir da qual serão adiante analisadas a eficácia e aplicabilidade de tais direitos na Constituição de 1988.

## 2. Eficácia e Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

Como é hoje cediço, independentemente da classificação didática adotada, vigora na doutrina o entendimento de que toda e qualquer norma ou preceito da Constituição - mesmo os ditos programáticos -, é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, conforme a normatividade que lhe tenha sido conferida pelo legislador constituinte<sup>18</sup>. Verifica-se, através dessa premissa comum, que não há norma constitucional completamente destituída de eficácia, podendo, é certo, haver uma diferente graduação na carga de eficácia das distintas normas constitucionais, dependendo das funções que estas cumprem no sistema constitucional (atribuindo direitos individuais ou enunciando metas e objetivos do Estado, por ex.) e das formas pelas quais foram positivadas (de modo completo ou dependentes de legislação integradora, como regras ou como princípios, etc). Há, assim, um complexo heterogêneo de normas constitucionais, e, dentre elas, de normas definidoras de direitos fundamentais, umas com maior densidade normativa e maior carga eficaz, outras com menos completude normativa e ostentando níveis de

---

<sup>17</sup> SARLET, **Os direitos**, p. 141. Saliente-se que não se desconhecem as demais classificações doutrinárias a respeito da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais (tais como a de José Afonso da SILVA, exposta em sua obra **Aplicabilidade das normas constitucionais** (3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 63-166), as de origem norte-americana (normas auto-executáveis e não auto-executáveis) e as que diferenciam as normas programáticas em imediatamente preceptivas e normas de eficácia diferida (efe. referido por Paulo BONAVIDES, na antecitada obra, p. 215-27)). Todavia, para os fins deste trabalho - exame da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais -, parece mais útil e apropriada a divisão antecitada, que reflete melhor o atual estágio da posituação dos direitos fundamentais nas Constituições e se inspira na doutrina contemporânea mais analítica e específica sobre o tema (tal como o atual paradigma na matéria, Robert ALEXANDER – expressamente referido por SARLET, no trecho supracitado).

<sup>18</sup> Sobre este ponto, mais esclarecimentos podem ser obtidos no livro **A eficácia dos direitos fundamentais**, de Ingo SARLET, acima referido, especialmente às páginas 230-34. Por se ter adotado, desde logo, como critério distintivo dos direitos fundamentais, a divisão em direitos de defesa e direitos a prestações, não se faz necessário, aqui, detalhar as várias funções exercidas pelas normas constitucionais nem as diversas formas de posituação das mesmas, para traçar distinções entre elas e examinar seu alcance prático, consoante fazem diferentes concepções da doutrina constitucional brasileira, já que estas questões não interessam diretamente à análise ora pretendida, cujo traço distintivo básico já foi estabelecido, embora tenham que ser levadas em conta no curso do exame de cada uma das espécies de direitos fundamentais, o que se procurará fazer.

eficácia imediata mais limitados. Porém, é pacífico que, independentemente de sua densidade, função precípua (defesa ou prestação) ou forma de positividade no texto, toda e qualquer norma constitucional definidora de direitos fundamentais - que são o foco desta abordagem-, sempre produz, em virtude de sua natureza normativa superior, efeitos jurídicos, em alguma medida. Tal assertiva se encontra ainda mais respaldada, se analisada à luz da Constituição brasileira de 1988, o que se fará a seguir.

## **2.1. Sentido e Alcance da Norma contida no parágrafo 1º do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988**

O parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) dispõe: “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Embora ainda não haja consenso doutrinário acerca de seu significado e da extensão de seus efeitos – diverge-se, por exemplo, sobre sua extesibilidade a todos os direitos fundamentais, dentro ou fora de catálogo, ou apenas aos direitos individuais e coletivos; se atinge normas programáticas ou somente as ditas “auto-aplicáveis”... – apartando-se de posições extremas – que ou lhe negam sentido e utilidade, por não ser este dispositivo suficiente para dar eficácia plena a normas que não a possuem, ou lhe conferem uma superaplicabilidade, a ponto de, dada sua existência, se tornarem inúteis as garantias processuais contra a omissão legislativo-integradora, como o mandado de injunção – é possível, com o auxílio de métodos hermenêuticos tradicionais, definir, de modo suficiente e constitucionalmente adequado, seu sentido e alcance<sup>19</sup>.

Assim, a partir do conteúdo literal de seu enunciado, formulado de modo genérico – “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, vê-se que não se pode reduzir seu âmbito de aplicação, dele excluindo-se, por exemplo, os direitos sociais. Se adotada uma interpretação sistemática, por outro lado, também se deve concluir que referida norma abrange, indistintamente, todos os direitos fundamentais, pois, se só se aplicasse aos contidos no rol do artigo 5º, estariam excluídos típicos direitos fundamentais ao menos do ponto de vista formal, como os direitos políticos e os de naciona-

---

<sup>19</sup> Neste item será seguida, especificamente, a linha de pensamento de Ingo SARLET, consoante o exposto às páginas 235/248 de seu livro **A eficácia dos direitos fundamentais**, retromencionado, descrevendo-se, ainda, algumas ideias de ALEXY, que certamente inspiraram SARLET.

lidade, além dos direitos sociais e de outros direitos, até individuais, espalhados pelo texto da CF/88. Sua extensão a todos os direitos fundamentais positivados na Constituição, independentemente de sua localização no texto – no catálogo (artigos 5º a 17) ou fora dele, bem como aos decorrentes do próprio sistema constitucional e de tratados internacionais aos que o Brasil aderir, é interpretação que se coaduna com uma visão sistemática e teleológica da Constituição. Tal conclusão interpretativa se harmoniza ainda com o caráter materialmente aberto do texto constitucional pátrio no que diz com direitos fundamentais, estabelecido pela norma expressa contida no parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, a saber: “ 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”.

A par disto e diante da especificidade das normas definidoras de direitos fundamentais em relação às demais normas da Constituição e do caráter variado de sua positivação -direitos subjetivos; metas e objetivos estatais; programas de ação futura; valores... -, o que, em alguns casos, requer integração legislativa infraconstitucional para que se chegue a sua integral aplicabilidade, deve-se analisar a questão a partir de uma perspectiva que leve em conta as características intrínsecas do próprio ordenamento jurídico em que estão inseridos tais preceitos.

Nesta medida, deve-se ressaltar que o sistema jurídico e a Constituição que o institui é um sistema aberto de regras e princípios. Ambos são espécies de normas: as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível e só podem ser cumpridas ou descumpridas (lógica binária do tudo-ou-nada), ao passo que os princípios são mandatos de otimização, caracterizados por poderem ser cumpridos em distintos graus e pelo fato de a medida de seu cumprimento depender não apenas das possibilidades reais mas também do âmbito das possibilidades jurídicas, o qual é determinado pelos princípios e regras opostos no caso concreto, através de ponderação.<sup>20</sup> Os princípios, portanto, são aplicados na maior medida possível (ou, como se diz, de maneira ótima ou máxima, tanto quanto possível), não se submetendo à lógica do sim ou não.

---

<sup>20</sup> Utilizar-se-á, neste ponto, a concepção bastante difundida de ALEXY, que pode ser encontrada em seu **Teoria de los derechos fundamentales** (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.86-7, especificamente).

Diante disto, como ressalta Sarlet,

“a melhor exegese da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...) [sendo certo, por isto, que] seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta”<sup>21</sup>.

Com isto surge uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas de direitos fundamentais, o que lhes confere um grau reforçado de eficácia em relação às demais normas constitucionais, pois, a recusa de sua aplicação em virtude da falta de ato concretizador deve ter caráter excepcional e ser convincentemente justificada à luz do caso concreto. Portanto,

“no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, parágrafo 1º, de nossa Lei Fundamental, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”<sup>22</sup>, o que induz à afirmação de que, em certo sentido, os direitos e princípios fundamentais regem e governam a própria ordem constitucional.<sup>23</sup>

## **2.2. Eficácia Plena e Aplicabilidade Imediata e as duas Categorias Básicas de Direitos Fundamentais**

Assente o caráter de princípio fundamental da norma do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, há que se analisar os principais efeitos de sua incidência em relação a cada categoria dos direitos fundamentais, classificadas, como já explicitado, segundo a função preponderante das normas que os veiculam em direitos de defesa e direitos a prestações.

---

<sup>21</sup> SARLET. **A eficácia**. p.245-6.

<sup>22</sup> SARLET. **A eficácia**. p.246.

<sup>23</sup> SARLET. **A eficácia**. p.247, referindo-se a STERN, que, por sua vez, cita Cari SCHMIDT (cfê. esclarecido pelo autor na nota de rodapé 91 de p. 247).

### 2.2.1. Direitos Fundamentais de Defesa

Os direitos de defesa, usualmente denominados de primeira geração ou direitos negativos, são os que garantem o indivíduo, em sua esfera privada, contra indevidas ingerências do Estado. Reclamam, nesta condição, uma abstenção (ou seja, uma conduta omissiva) por parte do destinatário (normalmente, o Estado, mas também os particulares, posto que existe uma eficácia horizontal ou sobre terceiros dos direitos fundamentais, como se verá no itera 5 infra). Nesta medida, objetivam basicamente limitar e conter os poderes estatais, a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, que só poderá ser atingida em determinadas hipóteses e sob certas circunstâncias excepcionais. Através deles, outorgam-se ao indivíduo direitos subjetivos que lhe permitem evitar ingerências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou eliminar as agressões que esteja sofrendo em sua autonomia pessoal.

São direitos de defesa, dentre outros, os relacionados com a liberdade, igualdade, as garantias institucionais, os direitos políticos e, inclusive, aqueles direitos sociais (ou liberdades sociais) que têm função defensiva e cuja estrutura normativa reclama abstenção, dispensando alocação de recursos ou integração normativa.<sup>24</sup> Como direitos subjetivos individuais que são, os direitos de defesa conferem ao seu titular a prerrogativa de deles desfrutar ou não, sem necessidade de qualquer atuação integradora (fática ou jurídica) de outrem, bastando, pelo contrário, um não-fazer do destinatário da norma – via de regra, o Estado. Note-se ainda que, como direitos a ações negativas por parte do titular, os direitos de defesa podem se manifestar de diferentes modos, consoante explicitado por Robert Alexy, em sua Teoria de los derechos fundamentales,<sup>25</sup> a saber: direitos ao não-impedimento de suas ações; direitos à não-afetação de suas propriedades e situações; e, direitos à não-eliminação de posições jurídicas – o que não altera o fato de dispensarem qualquer ação positiva do destinatário da norma em relação ao titular de tais direitos.

---

<sup>24</sup> Segundo Ingo SARLET, o direito de greve dos servidores públicos, uma liberdade social típica, poderia ser inserido nesta classificação (confiram-se p. 251 -2 de sua antecitada obra, **A eficácia dos direitos fundamentais**).

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoria**, p. 173-245 (especificamente, o trecho contido nas páginas 186-96). Isto também é referido por Ingo SARLET, em sua obra retrocitada, **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 253-4, especificamente.

Assim, percebe-se que, em geral, ostentam suficiente normatividade e independem de qualquer concretização legislativa, sendo, pois, plenamente justiciáveis, vale dizer, como direitos subjetivos, são plenamente exigíveis em juízo.

Isto significa que,

“em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição, já que não se aplicam a estas hipótese (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação<sup>26</sup>”,

e, em relação a eles,

“a presunção da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade<sup>27</sup>”.

### **2.2.2. Direitos Fundamentais a Prestações**

Os direitos a prestações, por sua vez, requerem uma atuação integradora, uma conduta positiva, por parte do destinatário das normas de direitos fundamentais, consistente, em geral, em prestações de natureza fática ou jurídica (normativa). Normalmente, são positivados como normas que definem fins e tarefas para o Estado ou impõem obrigações legiferantes de maior ou menor concretude. Usualmente inseridos no que se denomina direitos de segunda geração, objetivam garantir, além da liberdade individual perante o Estado, a efetivação da liberdade (real) por intermédio do Estado. Incluem-se nesta categoria, direitos como os sociais e outros, que exercem função preponderantemente prestacional, como o direito à assistência judiciária integral e gratuita (excluindo-se, por outro lado, como já referido, direitos referentes a liberdades sociais, tipicamente de defesa, como a liber-

---

<sup>26</sup> SARLET. *A eficácia*, p. 252-3.

<sup>27</sup> SARLET. *A eficácia*, p.254.

dade de associação sindical, embora incluídos no rol do art. 7º.). Abrangem um conjunto complexo e heterogêneo de posições jurídicas, distintas quanto a seu objeto, destinatário e estrutura normativa, o que se reflete em seus efeitos e eficácia. Daí ser corrente a divisão em direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento, ou seja, direitos a prestações normativas estatais, voltadas à garantia da liberdade e igualdade do Estado de Direito clássico, não passando, pois, das típicas liberdades negativas ou direitos de defesa) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais, típicos do Estado Social ou Democrático de Direito).

Deve-se ressaltar, porém, que, apesar de sua heterodoxa composição e incompletude normativa, também esta categoria de direitos fundamentais é imediatamente aplicável nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88. Pois,

“por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto (...) [tratando-se, aqui] de eficácia como diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados, no sentido de direitos legais, oriundos da concretização – em nível infraconstitucional – das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais”.<sup>28</sup>

### **2.2.2.1. Especialidade da Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**

Dentre os direitos a prestações, destacam-se os direitos sociais, pela especificidade de seu objeto - cujo conteúdo não pode ser formulado abstrata e genericamente (pode ser, por ex., uma prestação social propriamente dita, como a assistência social, saúde, educação, ou uma subvenção material de outra ordem, ou ainda a possibilidade de acesso e uso de bens e recur-

---

<sup>28</sup> SARLET. *A eficácia*, p.255.



sos públicos, como água e luz) –, e pelos reflexos e dificuldades que sua determinação material gera em sua eficácia e efetivação.

Os direitos fundamentais de cunho social, direitos sociais, reclamam uma conduta positiva por parte dos destinatários da norma – normalmente o Estado –, consubstanciada numa prestação de natureza material ou fática. Por conseguinte, exigem uma postura ativa do Estado na esfera económica e social e pressupõem que a prestação que constitui seu objeto seja criada ou posta à disposição de seu titular.

Nessa medida, constituem uma categoria (ou subcategoria) especial dos direitos fundamentais, já que, através do fornecimento dos recursos materiais necessários, pretendem propiciar a existência da igualdade e da liberdade real, que só pode ser alcançada se superadas (ou seja, compensadas) as desigualdades sociais.

Constata-se, pois, que, em face de seu objeto consistir normalmente em prestações estatais relativas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais, possuem uma dimensão economicamente relevante, o que repercute no âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, pois

“a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura económica (...) [ao que se vincula] a problemática da efetiva disponibilidade do objeto reclamado, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que a norma lhe impõe, estando, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação”<sup>29</sup>.

A disponibilidade dos recursos ou meios, verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, se acrescenta o problema da capacidade jurídica do destinatário da norma, isto é, de seu poder de dispor do objeto reclamado, pois, sem isto, não poderá lançar mão dos recursos eventualmente disponíveis. Estes condicionamentos configuram a chamada “reserva do possível”, que, em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade quanto o poder jurídico de disposição pelo destinatário da norma.

Além de estarem vinculados às circunstâncias sócio-econômicas, do ponto de vista normativo-estrutural, os direitos sociais prestacionais costumam ser classificados como normas eminentemente programáticas, pois

---

<sup>29</sup> SARLET. *Os direitos*, p. 152.

necessitam, via de regra, de uma integração legislativa. Isto faz com que sejam usualmente positivados de modo vago e aberto, deixando-se ao legislador um livre e indispensável espaço de conformação na sua atividade concretizadora e alegando-se, ainda, que somente este, como agente político legítimo para tanto, deverá decidir sobre a natureza da prestação reclamada e a medida de sua realização, em função da necessária aplicação de recursos públicos a ela inerente.

Todas estas características se refletem no plano da eficácia dos direitos sociais prestacionais, gerando efeitos diferenciados. Assim sendo, partindo-se da premissa antecitada de que todas as normas constitucionais – inclusive as que veiculam direitos sociais de modo programático, portanto, são aptas a produzir efeitos jurídicos, ao nível da Constituição e independentemente de integração normativa, inspirando-se na relação apresentada por Ingo SARLET<sup>30</sup>, pode-se apontar as seguintes cargas eficaciais comuns às normas de direitos fundamentais, inclusive as de direitos sociais normalmente tidas como de eficácia limitada, ressalvadas certas especificidades destas, a saber: a) no que diz com a legislação: revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e sua conseqüente desaplicação, independentemente de declaração de inconstitucionalidade, bem como possibilidade de declaração de inconstitucionalidade (por ação) de toda a legislação posterior à Constituição, que colida com o sentido dos princípios e regras contidos nas normas de direitos fundamentais; b) no que diz com a vinculação do legislador: obrigação de concretizar os fins, valores e programas previstos na norma, dentro dos exatos parâmetros por ela definidos (o que, por outro lado, permite o recurso às ações constitucionais de controle da omissão legislativa: inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção); c) no que se refere aos poderes estatais em geral e ao momento de concretização do Direito: constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (constitucionais e, sobretudo, infraconstitucionais), pois vinculam e condicionam a atividade estatal em todos os níveis, que deve se pautar pelos princípios, fins e diretrizes que tais normas veiculam, o que acaba por se refletir nos processos de criação e reprodução do Direito e, portanto, em toda a ordem jurídica; d) no que toca ao

---

<sup>30</sup> SARLET. *Os direitos*, p.161-3.

âmbito jurídico-subjetivo (isto é, quanto aos efeitos diretos em seus titulares): embora, em seu plano normativo originário, da Constituição, não gerem direitos subjetivos propriamente ditos, judicialmente exigíveis, os direitos fundamentais sociais dão origem a um direito subjetivo de cunho negativo, que permite ao particular exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na norma de direito social prestacional, proibindo-se, portanto, comportamentos voltados a impedir a produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma eminentemente programática (vale dizer: se não se pode obrigar o Estado a fazer a prestação material prevista, pode-se, ao menos, exigir que ele se abstenha de agir em sentido contrário à prestação reclamada; pode-se exigir que não atue para obstaculizar nem impedir atos de concretização daquela prestação). No plano normativo derivado, de sua integração infraconstitucional, extrai-se a chamada “proibição de retrocesso”, que impede o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele mesmo criadas – o que será mais detalhado adiante.

Há que se referir ainda que, em muitos casos, os direitos fundamentais prestacionais assumem um caráter de direitos de defesa, tal como ocorre com a adoção da cláusula de proibição de regresso em face da legislação integradora existente. Isto significa que, em relação a determinados direitos sociais, como o direito à educação - que abrange, por ex., vários outros, como o direito à instrução (incluindo-se, aí, oferta de escolas, material e professores), liberdade de ensino e aprendizagem, igualdade de acesso e permanência na escola -, na medida e com base na legislação integradora existente, surge um direito individual subjetivo, de cunho defensivo, posto que voltado a impedir tratamento discriminatório entre as pessoas e a promover o acesso equânime à prestação pretendida - o que vem, por outro lado, a comprovar a interrelação e a conexão prática entre as duas categorias de direitos fundamentais mencionadas.

Finalmente, cumpre mencionar a discussão acerca da possibilidade de serem reconhecidos direitos subjetivos originários a prestações. A controvérsia sobre esse ponto se prende aos condicionamentos econômico-financeiros (reserva do possível) e jurídico-políticos (poder de disposição, o qual se liga à competência legal e à legitimidade política - princípio da separação dos poderes e reserva parlamentar em matéria orçamentária) impostos ao destinatário da norma, que não costumam permitir a realização absoluta de

todos os direitos sociais prestacionais ao mesmo tempo.

Para superá-la, é preciso lançar mão de uma interpretação intermediária, conciliadora, que leva em conta a natureza principiológica do comando do parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88 e não desqualifica os direitos originários a prestações sociais, negando-lhes qualquer possibilidade de configurarem, excepcionalmente, direitos subjetivos exigíveis em juízo. Explica-a Ingo Sarlet, a partir de Alexy e Canotilho:

“o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implica grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionalmente colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em torno de uma lógica do tudo ou nada. Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, parágrafo 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”<sup>31</sup>.

### **3. Eficácia Vinculante dos Direitos Fundamentais**

Inicialmente, cumpre referir, outra vez, que os direitos fundamentais devem ser imediatamente aplicados na maior possível, em face do mandado de otimização de sua eficácia, contido no princípio expresso pelo parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88. Em face de sua estatura constitucional, naturalmente vinculante, face à superior hierarquia no ordenamento, esta norma dirige-se obviamente aos poderes estatais, vinculando-os em sua atuação, mas também se aplica aos particulares, como se verá. Dela, extraem-se duas dimensões da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, a saber: a posi-

---

<sup>31</sup> SARLET. Os direitos, p. 165-6.

tiva, significando que os poderes estatais institucional e formalmente considerados (Executivo, Legislativo e Judiciário) estão obrigados, em todas as funções que exerçam, a atuar conforme os direitos fundamentais e tudo fazer para realizá-los ao máximo, respeitando o âmbito de proteção de suas normas, que só poderá ser restringido ou violado se houver justificativa suficiente que assim autorize, se efetuada uma ponderação entre as razões e bens em conflito; e a negativa, significando que os direitos fundamentais não estão na esfera de disponibilidade dos poderes públicos.

### **3.1. Vinculação dos Poderes Públicos aos Direitos Fundamentais**

A eficácia dos direitos fundamentais relativamente aos três poderes do Estado é reforçada em relação à vinculação às demais normas constitucionais, face à sua importância na Constituição, que lhes conferiu papel central em seu sistema de normas, princípios e valores regentes da vida social e política da comunidade.

Assim, o Poder Legislativo, dada sua vinculação material aos direitos fundamentais, eis que só há leis na medida dos direitos fundamentais, verifica-se, pela incidência da norma do parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88, inclusive que, na dimensão negativa ou proibitiva, está limitado materialmente em sua liberdade de conformação. Isto é, no exercício de sua atividade reguladora e concretizadora do ordenamento jurídico, está limitado na possibilidade de intervir restritivamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, não podendo editar leis que os contrariem ou violem, sob pena de sofrer os efeitos do controle judicial de constitucionalidade, sendo de se ressaltar que o conteúdo dos direitos fundamentais deve ser extraído, pelo legislador, não de forma autónoma e independente, mas direta e exclusivamente do texto constitucional. Na dimensão positiva, impõe-se ao legislador uma atuação ativa para proteger os direitos fundamentais, a qual pressupõe: um dever de conformar a legislação de acordo com os parâmetros fornecidos pelos direitos fundamentais; um dever de realização destes, através da elaboração legislativa e da incidência dos mesmos como princípios informadores de todo o ordenamento; e um dever de aperfeiçoamento da legislação já existente, que deve ser adaptada às exigências das normas jusfundamentais.

Anotem-se, ainda, no que se refere ao alcance dos direitos fundamentais sobre a atividade normativa, a limitação ao poder de emenda do legislador constitucional - de que se tratará adiante -, e seus reflexos materialmente limitadores sobre todos os atos normativos produzidos por entes públicos, bem como por particulares, desde que, neste caso, possuam força de norma pública (convenções coletivas de trabalho, estatutos de pessoas jurídicas de direito público)<sup>32</sup>.

Em relação ao Poder Executivo e aos órgãos da Administração Pública em geral, incluindo-se pessoas jurídicas de direito público – inclusive quando atuam na esfera privada –, e pessoas jurídicas de direito privado com atribuições de natureza pública (agentes delegados do poder público, concessionários, autorizados, etc), deve-se reconhecer a eficácia vinculante imediata das normas de direitos fundamentais, em decorrência do princípio da constitucionalidade, mais do que o da legalidade (que decorre daquele) e de sua condição de gestores do interesse público (seja diretamente, seja através de delegação ou formas privadas). Deve, pois, a Administração executar as leis em conformidade com a Constituição e de maneira conforme com a Consiiuição, sob pena de invalidação judicial de seus atos. E, nos muitos casos em que podem os administradores preencher materialmente as normas compostas por conceitos abertos e indeterminados e por cláusulas gerais, bem como no exercício de sua atividade discricionária, devem os órgãos da Administração se pautar pelos parâmetros, valores, fins e diretrizes previstos na Constituição e em suas normas de direitos fundamentais. Por outro lado, no que diz com a possibilidade de a Administração se recusar a cumprir normas tidas como inconstitucionais, a doutrina diverge, sem ter chegado a uma solução plausível. Alguns admitem que possam os órgãos administrativos, especialmente se a decisão se restringir a suas esferas hierarquicamente superiores, deixar de cumprir e observar normas flagrantemente inconstitucionais, o que, apesar de contrariar o princípio básico da vinculação da Administração à Constituição e às leis, propicia a prevalência da constitucionalidade sobre a legalidade, quando evidente o conflito e desde que efetuada uma ponderação entre as normas e bens em confronto, à luz da proporcionalidade e do caso concreto.<sup>33</sup> Porém, pela falta de rigor em se

---

<sup>32</sup> SARLET. *A eficácia*, p.326, referindo-se a CANOTILHO e à doutrina alemã.

<sup>33</sup>VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos*, p. 260-4.

estabelecer um critério objetivo para o controle da constitucionalidade das leis por parte da Administração, afigura-se difícil na prática uma tal atuação, que, para evitar absurdos, deve ser deixada aos órgãos superiores e ser exercida preferencialmente de forma preventiva. Ademais, costumam ser apontados como parâmetros para a não-observância, pela Administração, de leis ditas inconstitucionais, os casos em que seu cumprimento obviamente importaria em prática de delitos (violação à integridade pessoal, por ex., no cumprimento de lei que permitisse a tortura em inquérito policial), ou quando tais leis violarem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, aniquilando-os, notadamente os referidos à vida e à integridade pessoal.

Já em relação ao Poder Judiciário, deve-se ressaltar que sua vinculação aos direitos fundamentais advém já do seu regime constitucional, isto é, de sua organização constitucional como poder, em que lhe são atribuídas competências e estabelecidas divisões funcionais e orgânicas (tribunais, juízes, jurisdições especiais...), bem como organizados seus procedimentos, e se estende sobre toda sua atividade própria, em todas as instâncias, pois até um simples despacho judicial atentatório a um direito fundamental (ampla defesa, por ex.) poderá sofrer o controle -judicial -, de sua adequação à Constituição e às leis. Ademais, o Judiciário exerce o controle de constitucionalidade da atuação dos demais poderes estatais, tendo, na dimensão negativa de sua vinculação aos direitos fundamentais, a um só tempo, o poder e o dever de não aplicar atos contrários à Constituição e ofensivos aos direitos fundamentais, os quais deve declarar inconstitucionais. Na dimensão positiva, juízes e tribunais estão obrigados a outorgar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais no sistema jurídico como um todo. Para tanto, ao aplicar, interpretar e integrar as leis, devem atuar em conformidade com os direitos fundamentais e, ao colmatar lacunas, devem fazê-lo à luz de tais direitos, inclusive no âmbito da jurisdição cível, pois os direitos fundamentais são os parâmetros materiais e os limites para a atividade judicial de criação e desenvolvimento do Direito.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Note-se, neste aspecto, que juízes e tribunais criam Direito ao decidir casos concretos. Sua legitimidade para fazê-lo advém justamente das próprias funções que exercem. Isto porque, dada a incompletude e vagueza inerentes ao fenômeno jurídico, sempre existe uma margem intransponível de discricionariedade que é deixada ao intérprete, o qual, ao aplicar concretamente a norma ao caso, acaba por completá-la e realizá-la. Para atuar legitimamente, deverá fornecer publicamente as razões de seu convencimento, sem se afastar, no entanto, do Direito posto, dos princípios e objetivos constitucionais e dos valores sociais relevantes, sopesados à luz das circunstâncias de cada caso.

Frise-se ainda que a Constituição prevê também o controle judicial da inação, da omissão legislativa ou administrativa, através das garantias consubstanciadas na ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção. Nesta perspectiva, exsurge, para o Judiciário, um controle diferenciado, posto que voltado à verificação do grau – naturalmente menos intenso –, de vinculação dos demais poderes a determinadas normas de direitos fundamentais que deles exigem uma atuação integradora, o que se constata, sobretudo nos casos em que há maior liberdade de conformação da legislação infraconstitucional, especialmente nos direitos sociais a prestações (vale dizer: as suas opções concretas são maiores, pois, dada a baixa densidade de certas normas constitucionais desta espécie, que apenas estabelecem parâmetros gerais, cabe ao legislador determinar, materialmente, o conteúdo de certos direitos, na medida de suas disponibilidades e consoante sua legitimação democrático-eleitoral).

### **3.2. Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais**

As normas definidoras de direitos fundamentais produzem efeitos também sobre os particulares. É o chamado efeito sobre terceiros ou eficácia externa ou horizontal dos direitos fundamentais, que decorre da própria condição dos direitos fundamentais de princípios constitucionais, informadores da ordem jurídica.

Trata-se, aqui, de verificar em que medida, no âmbito da autonomia privada – e, portanto, fora da relação Estado-cidadão, indivíduo-poder –, os particulares estão obrigados, em suas relações recíprocas, pelos comandos constitucionais de direitos fundamentais.

De início, há que se realçar a existência de normas de direitos fundamentais dirigidas diretamente também aos particulares, quando, então, a questão não apresenta problemas. Tal ocorre em relação aos diversos direitos sociais cujos destinatários são os empregadores (que podem ser particulares), bem como relativamente a outros formulados de modo a abranger tanto Estado quanto particulares, face à necessidade de se proteger os particulares contra atos atentatórios a seus direitos fundamentais perpetrados por outros indivíduos e entes privados (direito à indenização por dano moral, direito à inviolabilidade domiciliar, etc).



Contudo, embora deva prevalecer a liberdade nas relações particulares entre iguais, deve-se admitir uma eficácia direta e irradiante dos direitos fundamentais no âmbito privado, na medida em que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, os quais devem ser considerados na interpretação daquelas, inclusive na determinação material dos conceitos indeterminados e das cláusulas abertas. Também prevalecem as normas de direitos fundamentais quando estiver ameaçada a dignidade da pessoa humana ou presente uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal, sobretudo quando se tratar de relações entre particulares em pé de desigualdade, mas mesmo entre “iguais”.

A esse respeito, Vieira de Andrade esclarece que:

“O princípio da igualdade já não terá de ser aplicado mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados; maxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade”<sup>35</sup>.

E aduz que:

“Quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio económico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros”<sup>36</sup>.

Pode-se extrair, como comando geral do efeito horizontal dos direitos fundamentais, que, estando contrapostos direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, deve-se buscar, em cada caso, uma solução ponderada, que promova o sopesamento dos bens e valores em jogo, a fim de obter um equilíbrio entre eles e, se possível, evitar o sacrifício total de um deles, preservando-se, ao máximo, o núcleo essencial de cada um.

Para Alexy, ademais, na jurisdição cível,

“el juez civil está sujeto prima facie ai derecho civil vigente, tal como se presenta bajo la forma de leyes, precedentes y dogmática consensuadas. Si, sobre la base de principios jusfundamentales, quiere apartarse de esto tiene que asumir la carga de la prueba”<sup>37</sup>.

Isto significa, em última instância, que, nos conflitos entre particulares, os indivíduos têm direito a que o Judiciário leve em conta, na devida

---

<sup>35</sup> VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos*, 297.

<sup>36</sup> VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos*, 298.

<sup>37</sup> ALEXY. *Teoria*, p.523.

medida, os princípios jusfundamentais que apoiam a posição jurídica que pretendem fazer valer em juízo, o que deve se resolver, consoante a tese de ALEXY, através de ponderação (sopesamento das razões opostas, aí incluídos os direitos fundamentais) e de argumentação judicial suficientemente fundamentada à luz do caso específico.

#### **4. Eficácia Protetiva dos Direitos Fundamentais**

Finalmente, cabe referir alguns aspectos básicos da denominada eficácia protetiva dos direitos fundamentais, cuja abordagem mais detalhada refoje, por sua complexidade, aos lindes deste breve trabalho.

Nessa perspectiva, é de se destacar que a eficácia protetiva dos direitos fundamentais volta-se à garantia de sua própria manutenção e sobrevivência como normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Trata-se de mecanismo de auto-conservação, criado para evitar que ataques do constituinte derivado ou do legislador infraconstitucional venham a descaracterizar ou aniquilar tais direitos. Nesta medida, contudo, sua eficácia protetiva volta-se à garantia dos próprios indivíduos, a cuja proteção e resguardo, como seres humanos, sua existência nos textos constitucionais se destina.

É que, como adverte Ingo Sarlet,

“Em virtude tanto de sua especial posição na arquitetura constitucional, que, por sua vez, se manifesta mediante o que convencionamos considerar uma fundamentalidade formal e material, que outorga aos direitos fundamentais força jurídica reforçada relativamente às demais normas constitucionais, quanto da vinculação de todos, poderes públicos e particulares, aos direitos fundamentais, impõe-se que estes sejam devidamente protegidos, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional”<sup>38</sup>.

E, tanto é assim, que foram erigidos à condição de “cláusulas pétreas” na Constituição de 1988 (art. 60, parágrafo 4º., IV), constituindo limites materiais ao poder de reforma constitucional – o que, portanto, configura um de seus efeitos peculiares, que é completado pelas limitações por eles impostas ao legislador infraconstitucional, tanto no que diz com as restrições e liberdade restrita de conformação, quanto, por exemplo, no que toca aos direitos adquiridos.

---

<sup>38</sup> SARLET. A eficácia, p. 340.

Nesse passo, é necessário esclarecer que a inserção dos direitos fundamentais – e não exclusivamente dos direitos individuais, como a literalidade do dispositivo constitucional pode fazer supor-, no rol das “cláusulas pétreas” da Constituição de 1988, deve-se a uma interpretação sistemática do texto, que considere a necessidade de se preservar os seus elementos essenciais – e, daí, a previsão de limites intangíveis –, sob pena de se destruir, além de sua ideia inspiradora e de seu sentido jurídico-político, a própria essência da Constituição. Assim, não há como se negar que os direitos sociais, os direitos políticos, outros direitos individuais espalhados pelo texto - como o contido no princípio da anterioridade tributária, por ex.<sup>39</sup> –, além de refletirem o reconhecimento e a proteção de aspectos da dignidade da pessoa humana, representam valores essenciais de um Estado Democrático de Direito, sendo que sua abolição ou esvaziamento atingiriam a própria configuração do Estado, estabelecida constitucionalmente, e, por conseguinte, alterariam os alicerces do edifício constitucional. Com isto, tornar-se-ia inócua a previsão de um núcleo intangível, porque representativo da identidade da Constituição. Vê-se, pois, que não há outra interpretação condizente com a linha adotada pelo constituinte de 1988, a não ser a que considere como imodificáveis os direitos fundamentais, exatamente por serem fundamentos da ordem constitucional. Cumpre, nesse passo, que se aduza uma explicação: com isto, não se pretende engessar o desenvolvimento do Direito e da força normativa da Constituição, nem promover a estagnação social através do Direito posto – o que, por certo, não ocorreria de fato –, pois o alcance da proteção do artigo 60 se refere apenas ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (e das demais matérias ali mencionadas). Protegem-se, portanto, os elementos essenciais que configuram a substância, os fundamentos, os componentes inerentes dos direitos fundamentais, cuja abolição não pode ser proposta nem tendencialmente (“proposta de emenda tendente a abolir...”). Admite-se, por conseguinte, alterações (sendo possível pensar até em restrições, o que, todavia, gera necessidade de maiores condicionamentos técnicos, por questões de segurança contra “fúrias” reformistas...) nas normas de direitos fundamentais, desde que elas não cons-

---

<sup>39</sup> Com base neste princípio e na sua condição de direito individual do contribuinte, ao examinar a constitucionalidade da emenda que instituiu o IPMF, em 1993, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a reserva do art. 60, p.4o, IV abrange outros direitos, além dos arrolados no art. 5o, embora sem esgotar nem tratar diretamente do tema ora enfocado.

tituam uma invasão ou substancial modificação no cerne, no coração, de tais normas. De todo modo, em cada hipótese concreta, através de ponderações conscientes e tendo em vista os fundamentos da ordem constitucional – notadamente o princípio da dignidade humana –, será possível analisar o grau de proteção atribuído a cada direito fundamental (em seu núcleo essencial intocável), para assegurá-lo contra a indevida ingerência do poder de reforma conferido ao constituinte derivado - que, ademais, se extrai da Constituição sua competência legiferante, não pode atentar contra ela, sob pena de deslegitimar-se e agir inconstitucionalmente, produzindo normas jurídica e socialmente imprestáveis (inválidas).

A par deste efeito limitador da ação do constituinte derivado, no plano normativo infraconstitucional, sobretudo em face dos direitos fundamentais a prestações sociais já concretizados, os direitos fundamentais produzem efeitos de proteção contra a atuação reformadora do legislador ordinário. Vale dizer: “Quando estivermos diante de um direito fundamental a prestações já concretizado em nível infraconstitucional, parece-nos que o limite do conteúdo essencial deverá ser interpretado no sentido dos elementos essenciais do nível prestacional legislativamente definido”<sup>40</sup>, o que leva à chamada proibição de retrocesso (ou regresso) social.

Na doutrina não há consenso sobre o alcance desta proteção. Defensores, como Canotilho<sup>41</sup>, equiparam os direitos fundamentais sociais concretizados a direitos subjetivos a determinadas prestações do Estado e a garantias institucionais. Deixa-os, portanto, fora da esfera de disponibilidade do legislador, que fica impedido de reduzir ou suprimir direitos adquiridos, sob pena de infringir o princípio da proteção da confiança, inerente ao Estado de Direito, o que, por sua vez, leva à inconstitucionalidade de todas as medidas que ameaçarem o padrão material já alcançado. Assumem, pois, a condição de direitos de defesa, passíveis de proteção judicial contra os atos estatais que pretendam reduzi-los ou destruí-los.

Vieira de Andrade, por seu turno e por exemplo, discorda desta posição, por considerar que isto geraria uma constitucionalização indevida e socialmente irrefletida das normas infraconstitucionais e dos níveis de realização dos direitos fundamentais, bem como representaria uma degradação

---

<sup>40</sup> SARLET. *A eficácia*, p. 369

<sup>41</sup> SARLET. *A eficácia*, p. 69-70.

da função legislativa, transformada em mera executora da Constituição. Entende o autor luso que os direitos derivados a prestações são, salvo exceções de constitucionalização, apenas direitos legais, que não fazem parte do conjunto material dos direitos fundamentais. Pois, para ele,

“a Constituição é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser nem tornar-se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e hão de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas”<sup>42</sup>

Mais equilibrada é a interpretação a partir das teses de Alexy e em consonância, ao menos parcial, com Vieira de Andrade, dada por Sarlet,<sup>43</sup> que entende esta proibição de regresso social como princípio implícito da Constituição, o qual se extrai tanto do primado do Estado (Democrático) de Direito e sua inerente proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas (segurança), quanto da premissa básica do Estado (Democrático) Social, que busca promover a justiça social e garantir os graus mínimos de segurança social e redistribuição de bens alcançados. Entendido desta forma, como princípio, um mandado de otimização que admite ponderação, marcada pelo exame à luz da proporcionalidade e do conteúdo do núcleo essencial do direito fundamental em questão, aceitando, nesta medida, determinadas reduções normativas infraconstitucionais das conquistas sociais, vedada, porém, sua completa supressão ou desfiguração equivalente. Permite-se, assim, o avanço da legislação, para que seja adaptada às novas necessidades sociais, mas atende-se, ao menos em parte, aos reclamos de segurança, previsibilidade e regularidade que caracterizam o Direito no Estado Democrático e mantêm o próprio vínculo social.

---

<sup>42</sup> VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos*, p.310-11.

<sup>43</sup> SARLET. *A eficácia*, p. 371-2.

## Considerações finais

A Constituição e a enunciação e declaração de direitos fundamentais do indivíduo nela contidas são fórmulas utilizadas pelas estruturas sociais contemporâneas, nas quais se projeta, formalizadamente, sua organização jurídico-política básica. Visam, dada a falibilidade dos seres humanos e de suas instituições, assegurar um mínimo essencial à existência digna, tanto no que se refere à garantia e conservação da liberdade, quanto no que diz com a otimização da igualdade material, através de sua máxima promoção possível. Para tanto, ostentam um *status* superior em relação ao restante do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos de maneira vinculante e decisiva, inclusive para, na condição de princípios informadores, propiciarem a necessária unidade ao sistema jurídico nas operações de seu desenvolvimento. São, pois, a Constituição e as normas que a compõem dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia direta e imediata, na medida de sua densidade normativa e do que se puder extrair do próprio texto constitucional.

Nesta razão, destaca-se a exegese que confere ao parágrafo 1º. do artigo 5º da Constituição de 1988 a natureza de “princípio constitucional da eficácia plena e da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais”, as quais devem, dentro do máximo possível, ser observadas e aplicadas por todos os órgãos estatais e também pelos particulares que a elas se obrigam, inclusive nas suas relações interindividuais, posto que se fundamentam no princípio basilar da dignidade da pessoa humana – razão de ser dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito, fundamento em que repousam também noções básicas do constitucionalismo, voltado historicamente à contenção do poder e ao respeito da condição humana dos indivíduos, e garante da existência de cada pessoa como um ser portador de direitos e merecedor de consideração por parte dos demais.

Ademais, este princípio aplica-se também aos direitos fundamentais sociais, notadamente aos direitos a prestações materiais do Estado, o que lhes confere uma proteção reforçada contra abusos e omissões dos poderes estatais. Vale dizer: como devem realizar, tanto quanto possível, mas na maior medida possível, os direitos fundamentais e, dentre eles, os sociais, os agentes dos poderes públicos não podem, simplesmente, se recusar a cumprir as metas constitucionais ou cumpri-las de forma indevida ou

incompleta, pois, se disponíveis os recursos financeiros, têm o dever de concretizar, ao máximo, os valores, objetivos, fins e programas previstos constitucionalmente e, independentemente dos meios, nas tarefas que deles prescindem, devem legislar, administrar e julgar, em conformidade com os direitos fundamentais e segundo os parâmetros e diretrizes materiais por eles traçados. Está o Estado, portanto, umbilicalmente vinculado aos direitos fundamentais e deve amoldar todas as suas funções e as manifestações de seu poder aos comandos neles contidos, porque só assim estará, de fato, realizando os fins precípuos para os quais a sociedade o estruturou: promover, no seio da própria sociedade, o necessário equilíbrio entre a liberdade e a igualdade de seus integrantes.

Note-se que a adoção desta linha interpretativa, baseada em princípios e ponderação, em proporcionalidade e equilíbrio entre bens e valores em conflito, cujo representante mais conhecido na teoria jurídica contemporânea é Robert Alexy, bastante seguido por Sarlet, por exemplo, permite soluções interessantes, como a acima mencionada. Permite também que se considere a proibição de retrocesso social um princípio, cuja aplicação máxima não deve impedir a evolução do Direito, nem servir de esteio a reformas destrutivas da legislação social existente, o que contrariaria seu próprio fundamento, a proteção da dignidade da pessoa humana.

Com esse modelo moderado, logra-se certamente contornar certas dificuldades técnicas, que dizem com a própria definição do Direito e da norma jurídica, e, portanto, refletem-se também no campo dos direitos fundamentais. Logra-se, ainda, obter argumentos racionais e convincentes contra as frequentes escusas políticas dos governantes e detentores de poder para não cumprir metas, programas e objetivos da Constituição, bem como para negar direitos evidentes e que não implicam grande investimento de recursos e carecem somente de vontade política e de “vontade de Constituição”. Esta, tal como preconizado por Hesse<sup>44</sup>, deve ser baseada, não na mera vontade de poder, mas,

“na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedi-

---

<sup>44</sup> Importa realçar, novamente e neste contexto, que, embora centrado no exame da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais na teoria contemporânea e no marco da Constituição brasileira de 1988, este trabalho não pretende analisar o efetivo desempenho dos denominados “operadores jurídicos” nem dos políticos e governantes na atual conjuntura do país, limitando-se, neste particular e em função do alcance do estudo, a comentários pontuais e genéricos.

do e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana”.<sup>45</sup>

Todavia, há que se reconhecer que, este modelo – como, de regra, qualquer teorização nesta matéria –, pode ser desvirtuado e utilizado para legitimar certas omissões e inações estatais e indevidas reformas legislativas. Isto porque pode ser usado para justificar a manutenção de um baixo grau de realização de direitos sociais, sob um enfoque de conservação do *status quo*, bem como pode servir para fundamentar a redução de ganhos sociais já estabilizados, face a crises conjunturais e estratégias de planificação e salvação sociais autoritariamente impostas, com apelos à legitimação das urnas, mas sem o respaldo legitimador do devido e democrático exercício dos mandatos políticos.

Se isto é certo, não é menos verdadeiro que o modelo principiológico e de ponderação deve ter, ele mesmo, suas potencialidades libertárias concretizadas na máxima medida possível, e, assim, deve ser utilizado como meio de controle da racionalidade das decisões vinculadas e, sobretudo, discricionárias dos agentes governamentais e estatais – posto que possibilita a exposição de suas falhas e falácias –, e também como medida para a crítica da aplicação dos direitos no plano concreto da realidade. Esse papel compete, com urgência, a todos os profissionais do Direito, e, notadamente aos inseridos no sistema estatal, dos quais se destacam os componentes do aparelho judiciário (em sentido amplo: polícia, promotores, juízes e advogados), último recurso dos que têm seus direitos desrespeitados.

Acrescente-se a isto, a advertência corrente na doutrina, voltada à afirmação de que não bastam a enunciação de direitos e sua positivação em textos constitucionais para que tenham eficácia e sejam aplicados. O Direito e suas normas, embora imprescindíveis, não são suficientes para a tutela da liberdade, da igualdade e dos valores mais caros aos seres

---

<sup>45</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991 .p. 19-20.



humanos. Ao lado da norma, há que cultivar valores socialmente relevantes e conferir, a ambos, seu efetivo sentido e integral significação no plano fático, público ou privado.

Portanto, ao lado de todos os instrumentos teóricos e jurídico-positivos, é essencial uma *praxis* libertadora cotidiana, promotora da cidadania e da democracia em todas as instâncias da vida social, a qual pode transformar a própria sociedade, aprimorando-a e tornando cada vez mais eficazes os direitos fundamentais que a embasam, num processo contínuo de (re)definição da dignidade e do desenvolvimento integral dos seres que a compõem.

### **Referências bibliográficas**

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. 382p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 680p.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. 34p.
- PEREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1993. 230p.
- \_\_\_\_\_. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 132-84.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386p.
- \_\_\_\_\_. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In. SARLET, Ingo Wolfgang, org. O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-73.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 270p.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.350p.

WOLKMER, António Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990. 64p.