

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

Marcelo Carlos Maia Pinto¹

RESUMO

A evolução das relações jurídico-sociais no seio de uma sociedade impregnada pelos valores capitalistas, mas disciplinada por um Estado de Direito pretensamente Social, evidencia que a conjugação de fatores tão paradoxais não poderia se dar sem o surgimento de conflitos. Nesse contexto, o Poder Judiciário é conclamado a vim resolve a problemática da eficácia das normas consagradoras de direitos fundamentais, assim como assegurar a concretização dos preceitos nelas concebidos. Assim, não obstante os princípios da separação dos poderes e da democracia, assim como a alegação da cláusula da reserva do possível, conclui-se pela legitimidade da intervenção judicial quando da realização das condições mínimas necessárias para uma existência digna, configurando a adoção, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, da doutrina do mínimo existencial.

Palavras-Chave: direitos fundamentais, Estado Social, Poder Judiciário, mínimo existencial.

CONSIDERATIONS ABOUT THE JUDICIARY IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT

The evolution of legal and social relationships within a society permeated by capitalist values, but disciplined by a rule of law allegedly Social, shows that the paradoxical combination of such factors could not give without the appearance of conflicts. In this context, the judiciary is called upon to come to solve the problem of effectiveness of defining standards of fundamental rights, and ensure the implementation of provisions designed them. Thus, although the principles of separation of powers and democracy, as well as the claim of the reserve clause as possible, it is concluded for the legitimacy of judicial intervention when carrying out the minimum conditions necessary for a dignified, configuring the adoption, both the doctrine and case law, the doctrine of existential minimum.

Keywords: fundamental rights, the Welfare State, the Judiciary, existential minimum.

¹ Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marcelo.maia01@hotmail.com

1. Introdução

A tessitura da organização da sociedade, impregnada pela complexidade das relações Estado-Indivíduo e Indivíduo-Indivíduo, assim como pelas crescentes demandas sociais cada vez mais revestidas de emergência, suscita a questões acerca do efetivo papel a ser desempenhado pelo ordenamento jurídico, Estado e sociedade como um todo.

Observa-se que fenômenos como o constitucionalismo, neoconstitucionalismo, pós-positivismo e o reconhecimento cada vez mais intenso de direitos intrinsecamente ligados à dignidade humana deságuam numa remodelação do agir estatal. Com efeito, a jurisdicionalização de pretensões cuja satisfação era anteriormente relegada ao arbítrio dos poderes legislativos e executivos gera efeitos não apenas jurídicos, mas também econômicos, sociais e culturais. Assim, vê-se que a relação Judiciário-Legislativo e Judiciário-Executivo é levada a passar por uma necessária reestruturação dada as novas demandas que surgem com a intensificação – em quantidade e complexidade, das relações jurídico-sociais.

Nesse contexto, os direitos fundamentais surgem como uma espécie de “cartilha” a orientar os passos dos poderes públicos, bem como evidenciam que a linha que demarca as áreas reservadas de atuação de cada poder fica gradativamente mais tênue, tornando-se cada vez mais freqüentes situações que retratam ingerência de um poder sobre o outro, malferindo o princípio da separação dos poderes.

Assim, com o fito de desconstruir o mito da *supremocracia*, o presente estudo propõe-se a analisar em qual contexto a intervenção do poder judiciário, no que diz respeito à implementação de direitos fundamentais sociais, se afigura legítimo. Para tanto, após uma breve análise quanto aos aspectos gerais dos direitos fundamentais, lançam-se olhares sobre as circunstâncias que trazem consigo a necessidade de apreciação judicial como meio de concretização de posições jurídicas estabelecidas como fundamentais ao resguardo da dignidade humana.

2. Delimitação conceitual

Ao iniciar um estudo sobre qualquer instituto, seja ele jurídico ou não, é de bom alvitre fixar de maneira precisa suas delimitações conceituais. Com efeito, é de se ter em mente as diversas terminologias adotadas para designar os direitos que aqui se identificam como “fundamentais”. Neste sentido, no direito constitucional é possível vislumbrar uma série de outros termos, tais como “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos naturais”, entre outros.

Dentre estes, para melhor fixar as bases metodológicas do presente estudo e assegurar a correção do que se almeja tratar, não há que se passar à margem da distinção entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. Destarte, tem-se que os três enquadram-se como espécies do gênero *direitos naturais*. Assim, sucintamente, vê-se nos “direitos do homem” a parcela dos direitos naturais ainda não positivados; nos “direitos humanos” os positivados no direito internacional; e os “direitos fundamentais” como aqueles reconhecidos e protegidos pela ordem constitucional interna de cada Estado.

A partir da constatação desta problemática terminológica essencial, na qual os vários termos adquiriram significados diversos ao longo da história constitucional mundial, conclui-se que não há um conceito uníssono para os direitos fundamentais, mas delineamentos para sua definição.

Assim, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2011) explicam que os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas, previstos constitucionalmente, com a finalidade de limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2005), os direitos fundamentais podem ser entendidos como posições jurídicas atinentes às pessoas que, por sua importância e conteúdo, foram integradas ao texto da Constituição, bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam ser equiparados, estando ou não contidos no texto constitucional.

Por último, traz-se à baila a definição proposta por José Joaquim Gomes Canotilho (2011), para o qual os direitos fundamentais são aqueles direitos tidos como válidos para todos os homens e em todos os tempos, ou seja, direitos do homem, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Os direitos fundamentais podem ainda serem analisados sob outro aspecto. Com o auxílio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011), tem-se os direitos fundamentais como a manifestação da coordenação do exercício dos direitos naturais não sacrificados quando da formalização do pacto social de Rousseau. Em outras palavras, o eminente constitucionalista revolve as idéias de Sieyes, de que a vida em sociedade requer a limitação do exercício dos direitos naturais, e conclui que os direitos fundamentais seriam os direitos naturais cujos exercícios são coordenados pela lei.

Demonstrados os estreitos vínculos com os direitos naturais e com a figura do pacto social, evidencia-se a inegável importância do caráter histórico da formação e conformação do que se entende hoje por direitos fundamentais.

3. Evolução Histórica

No que tange a evolução histórica dos direitos fundamentais, de início, cumpre-se demarcar a abrangência da análise que se busca fazer, haja vista o extenso conteúdo próprio passível de ser tratado no tema. Assim, destaca-se que, para não fugir do escopo do presente trabalho, procurar-se-á fazer menção aos principais aspectos históricos que deram forma ao atual entendimento acerca dos direitos fundamentais.

De maneira didática, Martins e Dimoulis (2011) destacam três elementos sem os quais não há que se falar em direitos fundamentais, são eles: Estado, indivíduo e texto normativo a regular a relação Estado-indivíduo.

Por Estado, entende-se o aparelho de poder centralizado que controla e impõe suas decisões em um dado território. Por indivíduo, tem-se o a pessoa individualmente considerada como sujeito próprio de direitos e deveres, não necessitando estar inserida em instituições de qualquer tipo (família, clã). Por ultimo, o texto normativo regulador, consiste no local onde, primeiramente e principalmente, deverão situar-se os direitos fundamentais; para que seja válido, o texto deve ter abrangência em todo território e situar-se em posição de supremacia em face das demais normas.

Em decorrência de fatores políticos e sociais complexos associados ao regime capitalista, verifica-se que as três condicionantes supramencionadas fizeram-se simultaneamente presentes no final do séc. XVIII. Assim, nesse período, verifica-se de maneira inédita, por ocasião das Declarações de Direitos, enunciados que garantem direitos reconhecidos como fundamentais².

Ao analisar a conjuntura sócio-política que ensejou o recrudescimento dos direitos fundamentais, Noberto Bobbio (1992) destaca que os direitos do homem ganham relevo quando a primazia da relação entre Estado e indivíduo se desloca daquele para este. Tal inversão, segundo os dizeres de Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p.267), se dá, igualmente, pelo reconhecimento que *“o indivíduo tem, primeiro, direitos, e depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos”*.

Dadas as diversas transformações pelas quais passaram os direitos fundamentais, tanto no que tange ao seu conteúdo, quanto à sua titularidade e eficácia, é possível, com

² A declaração de Direitos da Virginia (1776), em seu art.1º, afirma que todos homens são por natureza livres e possuidores de direitos inatos dos quais não se despojam ao passar a viver em sociedade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclama que o objetivo de toda associação política, e nisto enquadra-se a figura do Estado, é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem.

espeque nos ensinamentos de Paulo Bonavides (2011), realizar o exame da evolução histórica a partir das gerações, ou segundo a concepção moderna, dimensões dos direitos.

Segundo esta perspectiva, os direitos fundamentais podem ser agrupados em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões.

Os direitos de primeira dimensão são os primeiros a serem positivados e são referidos nas Revoluções americana e francesa; consignam liberdades públicas, asseguram aos indivíduos um espaço livre de ingerência por parte do Estado. Em outras palavras, estabelecem um campo de autonomia pessoal refratário às expansões do Poder. São tidos como direitos civis e políticos e, como ressaltado, possui o Estado como destinatário, criando, num primeiro plano, obrigações de não fazer. As origens de tais direitos remontam à época do soerguimento do liberalismo e da ascensão do Estado Liberal, impregnado com os ideais burgueses da intervenção mínima estatal, e retiram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e nas revoluções políticas do final do séc. XVIII. Neste grupo encontram-se, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, os direitos à participação política.

Os direitos de segunda geração, também conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais, por sua vez, originam-se no contexto social do pós-liberalismo, no qual o impacto da industrialização e os graves problemas sociais que o acompanharam, bem como as doutrinas socialistas e a constatação que o estabelecimento formal de liberdade e igualdade não assegura o seu efetivo gozo, evidenciaram que o agir do Estado deveria ser mais incisivo. Destarte, nessa sociedade em ebulição foi se dando um gradativo reconhecimento de direitos aos cidadãos e a atribuição ao Estado de comportamentos ativos no sentido de diminuir o abismo social criado pela dinâmica liberal. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais. Diferentes dos direitos de primeira dimensão, que buscam assegurar a liberdade perante a atuação Estatal, os da segunda dimensão almeja uma liberdade materialmente fruível a partir da atuação do Estado. Enquadram-se neste âmbito os direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, desporto.

Por derradeiro, os direitos da terceira geração encerram prerrogativas de titularidade difusa ou coletiva. São pretensões concebidas não para defesa de interesses individuais, mas de agrupamentos sociais. Como fatores determinantes para o surgimento de tais direitos pode-se citar o impacto tecnológico, o processo de descolonização do segundo pós-guerra e o estado de beligerância crônico. Situam-se aqui os direitos à paz, à

autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e a qualidade de vida. Afirmção interessante sobre os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade, é feita por Pérez Luño (apud SARLET, p. 58), segundo o qual tais direitos podem ser reconhecidos como “*uma resposta ao fenômeno denominado de ‘poluição das liberdades’, que caracteriza a erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais em face do uso de novas tecnologias*”.

É de se ressaltar ainda a existência de direitos fundamentais ditos como de quarta dimensão. Nesta seara estão abrangidos os direitos à democracia, ao pluripartidarismo político e à informação. Tais direitos dão amparo à cidadania e liberdade dos povos inseridos no contexto de globalização político-econômica. Por se apartarem do tema, não serão objeto de maiores aprofundamentos neste trabalho.

No que tange as referidas dimensões, Bobbio (1992,p. 127) afirma que:

as sucessivas gerações de direitos, a rigor, não passam de especificações, como novos direitos, de um núcleo originário ou de um conteúdo essencial de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, e que se vai revelando progressivamente, à medida que tomamos consciência de que a fórmula inicial – por sua generalidade e abstração – já não atende às necessidades do homem concreto

Ainda, é mister que se deixe claro que, não obstante a compartimentalização dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações, destaque-se que esta postura não pressupõe uma separação estanque dos referidos direitos. Com efeito, ao traçar uma análise comedida da evolução dos direitos fundamentais, evidencia-se que muitos dos direitos ditos de segunda e terceira, e agora de quarta dimensão, por vezes se tratam de uma releitura de direitos anteriormente reconhecidos. Assim, a cada dimensão não se verifica apenas um acréscimo de direitos ao catálogo de direitos fundamentais, mas também uma redefinição do sentido e conteúdo dos fixados outrora.

Dessa visão dimensional dos direitos fundamentais, extrai-se que seu processo de reconhecimento é marcadamente dinâmico, eclético, dotado de caráter cumulativo e aberto, que os concebe num contexto de unidade, indivisibilidade e pretensamente com vistas para o futuro. Finalizando, são sapienciais os ensinamentos de Bobbio (apud SARLET, p.64-65), quando afirma que a evolução dos direitos fundamentais marcada por três estágios sucessivos evidencia a transição de uma universalidade abstrata, passando por uma particularização concreta e culminando com uma universalização concreta dos direitos fundamentais positivos universais, com a Declaração da ONU.

4. Posição e significado dos Direitos Fundamentais na Constituição.

Qualquer estudo que se dedique a analisar os direitos fundamentais deve, ainda que brevemente, lançar olhares sobre o papel desempenhado por tais direitos no Estado Constitucional.

Para tanto, com espeque nos ensinamentos de Ingo Sarlet (2004), toma-se como ponto de partida a estreita e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. Com efeito, nas palavras de Klaus Stern (apud SARLET, p. 67), tem-se que “as idéias de Constituição e direitos fundamentais são manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites ao poder estatal”.

Assim, em sintonia com a Declaração Francesa dos Homens e do Cidadão (1789)³, os direitos fundamentais passam a integrar – juntamente com a definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder – o núcleo central das primeiras constituições, configurando-se não apenas como elemento formal, mas, principalmente e necessariamente, elemento material das constituições. Assume, assim, para além da função limitativa, o papel de critério de legitimação do poder estatal.

Nesse sentido, a Constituição é elevada ao patamar de elemento necessário à existência das liberdades fundamentais (direitos fundamentais considerados em sua primeira dimensão), uma vez que é nela que se estabelecem a atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais.

Assim, resta clarividente que as concepções de direitos fundamentais e das noções de Constituição e Estado de Direito estão umbilicalmente interligadas, na medida em que os primeiros estabelecem prerrogativas subjetivas que, ao mesmo tempo, direciona, limita e, por conseguinte, legitima a atuação do Estado, dando-lhe o predicado “de Direito”; ao lado disso, têm-se que para que os direitos fundamentais possam irradiar plenamente seus efeitos é necessário que estejam inseridos num diploma normativo cuja posição hierárquica no ordenamento seja superior a dos outros, ocasião pela qual surge a Constituição como Lei Fundamental do Estado e *locus* natural dos direitos fundamentais.

Bastante elucidativa são as palavras de Pérez Luño (apud SARLET, p.69), segundo o qual:

³ Art. 16. Toda Sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.

existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Na ordem constitucional brasileira, no que tange à Constituição Federal de 1988, verifica-se uma falta de sistematização com relação aos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o caráter analítico atribuído à Carta Magna é extensivo ao título dos direitos fundamentais.

É de se pensar que a extensa previsão, por vezes assistemática, dos direitos fundamentais no corpo constitucional pode ser encarada como uma resposta do legislador constituinte ao período de restrições de direitos, vivenciado por ocasião da ditadura militar que antecedeu a Assembléia Nacional Constituinte.

É nesta seara que reside uma das críticas que parte da doutrina faz com relação ao sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, mais detidamente os direitos sociais. Com efeito, partindo de premissas político-ideológicas neoliberais, juristas e políticos lançam olhares críticos ao caráter dirigente da Constituição e condenam a intensificação da justiciabilidade de pretensões, algo que restou denominado de “inflação de direitos” (DIMOULIS & MARTINS, p. 27).

Outra crítica contundente que se faz ao Constituinte refere-se à lacuna deixada pela ausência de normas que tratem sobre as restrições aos direitos fundamentais. Para preencher o vácuo legislativo, lançou-se mão de institutos de ampla aceitação no direito comparado como a proteção ao núcleo essencial, o princípio da proporcionalidade, o princípio da reserva legal.

No que diz respeito às inovações trazidas pela Carta de 1988, pode-se destacar a posição topográfica onde se situam os direitos fundamentais, que evidencia seu caráter de parâmetro hermenêutico e de valores supremos de toda ordem jurídica; a outorga de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, de maneira a excluir, a princípio, o cunho meramente programático de tais normas; e, ainda, a conformação de um sistema aberto com a previsão do §2º do art.5º⁴.

Outro aspecto a ser ressaltado refere-se à noção de fundamentalidade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Canotilho (2011) assevera que a fundamentalização reside na “especial dignidade de proteção dos direitos” tanto num sentido formal, quanto material.

⁴ Art. 5, §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

Quanto à fundamentalidade formal, as normas consagradoras de direitos fundamentais geralmente são colocadas em posição hierárquica superior na ordem jurídica, dotadas de imediata vinculatividade dos poderes públicos e constituindo parâmetros de atuação e decisão destes; encontram-se, ainda, submetidas a procedimentos mais árduos de revisão, chegando, algumas das vezes, a constituir, eles mesmos, limites materiais da própria revisão. Por sua vez, a fundamentalidade material extrai-se da idéia de que o conteúdo dos direitos fundamentais traz consigo os elementos básicos estruturantes do Estado e da Sociedade. Deste último conceito, é possível propugnar a existência de direitos fundamentais fora do texto constitucional, ou seja, direitos só materialmente fundamentais. Daí poder-se falar em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais, ou, como prefere Canotilho, norma com *fattispecie* aberta (2011, p. 378-379).

Vistos, ainda que brevemente dado o propósito do trabalho, as fontes de fundamentalização dos direitos fundamentais, passa-se agora à análise dos aspectos normativos que dão conformidade a seus conteúdos e efeitos.

5. Estrutura dos Direitos Fundamentais

O estudo da estrutura dos direitos fundamentais busca encontrar as bases teóricas que evidenciam a natureza das normas que consagram tais direitos. Neste sentido, valiosos são os ensinamentos de Canotilho (2011). O constitucionalista lusitano destaca duas principais teorias que objetivam fornecer uma compreensão lógica e global dos preceitos constitucionais que firmam os direitos fundamentais: a teoria liberal e a teoria da ordem dos valores.

Para a primeira, os direitos fundamentais são identificados como direitos dos particulares perante o Estado, tendentes a ampliar o domínio da liberdade individual e a restringir a ação Estatal aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos, cuja finalidade é assegurar uma liberdade-fim e não uma liberdade-meio. Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2011), para a teoria liberal os direitos fundamentais apresentam índole absoluta e universal no tempo e no espaço, adquirindo natureza de regra.

A teoria da ordem dos valores, por sua vez, apresenta os direitos fundamentais como valores objetivos e não como meros direitos subjetivos. Com efeito, nesse sistema de ordem de valores, os direitos passam a ser observados como princípios que almejam uma eficácia ótima das posições jurídicas que asseguram, tornando-se passíveis de serem relativizados e suscetíveis de controle judicial quando confrontados precisamente pela

ordem de valores que integra; como relevante consequência, tem-se que, na medida que deixam de ser meras posições jurídicas subjetivamente asseguradas e passam a compor um sistema axiológico, justificar-se-ão as intervenções dos entes públicos tendentes a realizá-los da maneira plena. De acordo com Bernardo Gonçalves (2011), a teoria comunitarista, como ele denomina, conduz os direitos fundamentais a serem representantes de valores sociais considerados importantes num dado momento da história e de acordo com cada arranjo social, sendo, portanto, elementos relativos e de natureza principiológica.

Canotilho assevera que as teorias dos direitos fundamentais não são um fim em si mesmas e que, com base nelas, num primeiro plano, não se pode conferir aos direitos fundamentais uma única dimensão e uma única função, emergindo, destarte, um caráter multifuncional. Conclui afirmando “não haver uma *teoria dos direitos fundamentais conforme a constituição*, mas sim varias teorias pré-compreendidas, iluminadoras da ompreensão das normas constitucionais” (2011, p. 1402-1403).

Das teorias acima examinadas, extrai-se como ponto de destaque o reconhecimento de um *processo de objetificação* dos direitos fundamentais que os retirou da qualidade de meros direitos subjetivos e os enquadrou como baluartes de legitimação e conformação da ordem jurídica.

Neste sentido, a doutrina passou a analisar os direitos fundamentais tomando como premissa duas perspectivas básicas: subjetiva e objetiva. Fazendo paralelo com as duas principais teorias dos direitos fundamentais acima explanadas, pode-se afirmar que a perspectiva subjetiva bebe das idéias da teoria liberal e identifica os direitos fundamentais como posições jurídicas capazes de conferir ao seu titular a possibilidade de impor seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário.

A perspectiva objetiva, por sua vez, afinando-se aos ditames da teoria da ordem dos valores, resulta da significação dos direitos fundamentais enquanto princípios básicos e estruturantes da ordem constitucional, assim como vetores de orientação para a ação dos poderes constituídos. Destarte, sob esta perspectiva, de maneira mais intensa, ao Estado é dada a incumbência de tomar providencias, sejam elas comissivas ou omissivas, no sentido de assegurar os bens jurídicos elevados à condição de direito fundamental. Böckenförde (apud BONAVIDES, p.603), afirma que com a superação da relação individuo-Estado, os direitos fundamentais adquirem uma dimensão de validade universal, cujo conteúdo é aprioristicamente indeterminado e aberto.

6. Funções

Da digressão história do seu processo de afirmação, bem como pela análise das teorias que buscam explicar sua fundamentação e do reconhecimento da dupla perspectiva que lhe fora concebida, revela-se que os direitos fundamentais são dotados de inúmeras funções nos ordenamentos jurídicos. Dessa tese de uma multifuncionalidade, extrai-se que os direitos fundamentais não mais se restringem à função clássica de direitos de defesa. Ademais, por função entende-se a maneira, o conteúdo e a posição jurídica que irradia de determinado direito fundamental.

Na análise das funções, foi pioneira a teoria proposta por George Jellinek, intitulada teoria dos quatro status. Para tal teoria, o indivíduo, considerado como membro de uma comunidade, é dotado de capacidade e personalidade jurídica e está vinculado ao Estado⁵.

A importância da teoria dos quatro status de Jellinek reside na originalidade de sua concepção e pela relevância na formulação da teoria da multifuncionalidade. Para Peter Häberle (apud SARLET, 2011), a multicitada teoria representou o início do desenvolvimento de um tratamento jurídico a sério dos direitos fundamentais. Entretanto, em boa parte como decorrência de seu ineditismo, as lições do publicista alemão foram sendo alvo de críticas e complementações ao longo do desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, sobretudo na doutrina alemã e portuguesa, no sentido de adaptá-las às funções que atualmente atribuem-se aos direitos fundamentais.

A doutrina pátria, bebendo das lições da doutrina portuguesa, hodiernamente, vem destacando as funções dos direitos fundamentais como *direitos de defesa* e *direitos de prestação*.

Os chamados direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não-interferência, no sentido de assegurar o *status quo*, dado o reconhecimento do dever dos poderes públicos de respeitar determinados interesses individuais. Desta leitura extrai-se que a noção central funda-se na idéia de Estado Liberal, cuja marca distintiva é a neutralidade, e assemelha-se ao *status negativo* proposto por Jellinek. Tem-se, portanto, que tais direitos são classificados como direitos subjetivos,

⁵ Na doutrina de Jellinek, o indivíduo relaciona-se com o Estado a partir de quatro formas distintas: (1) status passivo, o indivíduo situa-se numa posição de subordinação ao Estado, sendo a ele imposto um conjunto de deveres; (2) status negativo, ao indivíduo é assegurada uma esfera de autonomia imune ao jus imperii estatal, impõe-se ao Estado um dever de abstenção; (3) status positivo, o indivíduo possui o direito de exigir que o Estado realize as posições jurídicas que lhes são asseguradas; (4) status ativo, ao indivíduo é dada a possibilidade de participar ativamente na formação da vontade política do Estado.

ensejando, pelos seus titulares, pretensões de natureza preventiva, repressiva e/ou reparadora em face de eventual interferência estatal indevida.

De acordo com a doutrina de Canotilho, verifica-se que, tomados como direitos de defesa, os direitos fundamentais, num plano jurídico-objetivo, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-lhes a ingerência sob a esfera jurídica individual; por outro lado, sob o aspecto jurídico-subjetivo, implicam aos seus titulares o poder de exercê-los positivamente e de exigir omissões dos poderes públicos (2011, p. 408).

Outro aspecto pelo qual os direitos fundamentais podem expressar seu caráter de defesa é a pretensão de que não se eliminem certas posições jurídicas que, de alguma maneira, sejam interessantes para seu titular. A depender do ordenamento jurídico, tal pretensão encontra-se resguardada através de institutos como a garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e a cláusula indeterminada da segurança jurídica.

Importante consignar, ainda, que essa função defensiva dos direitos fundamentais não implica na supressão total da interferência estatal, mas, sim, a formalização e limitação desta às condições e pressupostos de ordem material e procedimental constitucionalmente previstos, de modo que a ingerência não é *de per si* vedada, somente o é aquela em desconformidade com as orientações constitucionais.

No que tange aos direitos fundamentais que integram a classe dos direitos de defesa, podem-se enquadrar os direitos de primeira dimensão, como os que asseguram a liberdade, igualdade, vida, propriedade, bem como todos aqueles que parte da premissa de um Estado liberal.

Por sua vez, os direitos fundamentais enquanto direitos a prestações pressupõem atuação Estatal no sentido de diminuir as desigualdades sociais, no sentido de libertar os indivíduos dos grilhões das necessidades cotidianas. São também denominados de direitos de promoção (BRANCO, p. 291). Os contextos sócio-econômico e político de sua gênese correspondem à época de transição do Estado de Direito de matriz liberal-burguesa para o Estado Democrático e Social de Direito. Quando comparados à teoria de Jellinek, assemelham-se aos direitos enquadrados no *status civitatis*.

Noutra perspectiva, ao passo que os direitos de defesa visam assegurar as liberdades, os direitos prestacionais detêm como escopo primordial a garantia das condições necessárias para o efetivo gozo de tais liberdades, ou seja, objetivam não apenas a liberdade perante o Estado, mas também a liberdade por intermédio deste. Em outras

palavras, busca-se o emergir material das liberdades formalmente asseguradas pelos direitos de defesa.

Leitura interessante é a que faz Canotilho, segundo o qual os direitos prestacionais, numa acepção estrita, significam posições jurídicas ativas de exigir algo do Estado. Desta perspectiva, evidencia-se que o bem jurídico assegurado pelo direito fundamental consiste numa coisa (saúde, educação, alimentação), assumindo a pretensão à atuação estatal natureza instrumental à consecução de tal bem.

Outro elemento que distintivo entre os direitos de defesa e os prestacionais são as peculiaridades estruturais das normas que os consagram. O primeiro, via de regra, estão previstos em normas autoexecutáveis; já os segundos são dotados de níveis de densidade normativa que variam de acordo com a finalidade, modo de exercício e eficácia.

Com efeito, pressupondo que os direitos a prestação dependem de uma ação do Estado, há que reconhecer que tal prestação tanto pode ser material, quanto jurídica.

Neste âmbito, tem-se que os direitos jusfundamentais, cujos objetos configuram-se numa *prestação jurídica* do Estado, caracterizam-se pelo fato de que sua satisfação esgota-se com a regulação normativa pelo Estado do bem jurídico elevado ao patamar de direito fundamental, ou seja, o dever do Estado resume-se ao *dever de legislar*. Assim, verifica-se que há direitos fundamentais que dependem de normas infraconstitucionais para adquirir cabal significado. Ademais, reconhece-se ao Estado, seja em sua atuação legiferante ou executiva, ampla margem de discricionariedade na conformação desses direitos.

Os direitos a prestações materiais, também denominados de direitos a prestação em sentido estrito, partem da premissa de um Estado Social por excelência e consistem naqueles cujo objeto seja uma utilidade concreta, uma atuação estatal positiva no sentido de atenuar as desigualdades fáticas na sociedade, concretizadora da almejada igualdade material. São verdadeiros instrumentos destinados à redução das disparidades sócio-econômicas.

Aspecto relevante a ser ressaltado acerca dos direitos a prestação é o que diz quanto à densidade normativa das normas que os consagram.

Nestes termos, tem-se que tais direitos podem ser enquadrados como *direitos originários a prestação* quando as normas são dotadas de alta densidade normativa, de maneira a dar a conhecer seu conteúdo com a aptidão necessária para que produza plenamente seus efeitos, ou seja, os particulares podem retirar diretamente das normas constitucionais as pretensões prestacionais. Em suma, as normas, a princípio, impõe ao Estado um *dever de agir*.

Entretanto, destaque-se que , conforme observação de Gonet Branco, a maioria dos direitos a prestação material são concebidos em normas que requerem atuação legislativa para sua perfeita pujança, configurando os *direitos derivados a prestação*. Observa-se, destarte, que, para além do *dever de agir* no sentido material, há ainda o *dever de legislar*, acentuando-se a dependência da efetivação do direito fundamental à atuação do poder constituído.

Da maneira como explanado, resta evidente o caráter político que reveste o adimplemento dos direitos a prestações materiais. Com efeito, é de se ressaltar que o seu pleno desenvolvimento perpassa da implementação de políticas públicas adequadas e depende das conjunturas econômicas e das disponibilidades financeiras do momento, cabendo ao órgão político legitimado pela representação popular definir as diretrizes da política financeira e social que irão reger a alocação dos recursos necessários à realização dos direitos sociais considerados como prioritários.

Nestes termos, vê-se que, no regime democrático, esse papel de órgão político legitimado recai, primordialmente, sobre os ombros do legislador. Razão pela qual se afirma que, não se tratando de direitos originários a prestação, o direito subjetivo implica que as prestações materiais já tenham sido precisadas e conformadas pelo legislador.

Dado o objeto do trabalho e por opção metodológica, o tema da aplicabilidade e eficácia dos direitos prestacionais será aprofundado em momento oportuno.

Na esteira de Gilmar F. Mendes (apud FERDANDES, p. 242), tem-se que, por vezes, os direitos fundamentais consagram normas de proteção que não se destinam a sujeitos, mas sim a complexos organizados de norma, formalizadores de institutos jurídicos (p. ex. casamento, religião, propriedade).

Além de garantidor de institutos jurídicos, os direitos fundamentais exercem, ainda, as vezes de garantias institucionais. Apesar das semelhanças terminológicas e conceituais, tais funções não se confundem. Com efeito, os direitos fundamentais são considerados como garantias institucionais quando atuam de maneira a proteger bens jurídicos imprescindíveis à preservação de valores tidos como essenciais pela sociedade (p. ex. família, autonomia universitária). Destaque-se que, enquanto garantias, aos direitos fundamentais é ordenada a incumbência de resguardar certos institutos jurídicos, não lhes sendo inculcada a missão de lhes esmiuçar todos os elementos, papel a ser exercido pelo legislador.

Do exposto, das diversas funções exercidas e dimensões adotadas pelos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, evidencia-se que a eficácia de tais

direitos é tema de relevante debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência, razão pela qual se analisará detidamente em tópico específico. Entretanto, por uma melhor compreensão faz-se mister tecer breves considerações acerca da titularidade e das características dos direitos fundamentais.

7. Titularidade e Características dos direitos fundamentais

De início, é de clareza solar concluir que as pessoas naturais são as principais destinatárias dos direitos fundamentais assegurados num dado ordenamento jurídico. Nestes termos, tem-se o art. 5º da Constituição Federal de 1988 que coloca os brasileiros – natos e naturalizados – e os estrangeiros residentes no país.

Não obstante a literalidade do texto constitucional, doutrina e jurisprudência pátria já sedimentaram entendimento no qual os direitos fundamentais são extensíveis, no que couber, aos estrangeiros não residentes no país. Partiu-se da premissa de que tais proteções não são concebidas em virtude do vínculo estabelecido pelo indivíduo com Estado, mas sim pela condição de pessoa humana de que é portadora independentemente do local de referência.

Destaque-se ainda que não apenas as pessoas naturais são albergadas no seio de proteção dos direitos fundamentais. Às pessoas jurídicas também são asseguradas pelos direitos fundamentais, desde que de aplicação compatível.

Questão tormentosa diz respeito à possibilidade de pessoas jurídicas de direito público serem destinatárias de direitos fundamentais. Para Hesse (apud BRANCO, p. 306), tais entidades gozam apenas de alguns tipos de direitos, mais especificamente os procedimentais. Canotilho (apud BRANCO, p. 306), por sua vez, admite a invocação desde que tais pessoas não estejam em posição de proeminência⁶. Com efeito, é de se ter em mente que para se aferir tal possibilidade faz necessário um tratamento *ad hoc*, não sendo desejável, tampouco indicado, estipulações apriorísticas a respeito do tema.

Em se tratando da titularidade passiva é de se ter em mente que os direitos fundamentais são essencialmente oponíveis ao Estado, sejam eles enquadrados como direitos de defesa ou direitos de prestação. Não obstante, como manifestação do caráter evolutivo e evidenciando a tendência de incremento do âmbito de incidência dos direitos fundamentais, é sedimentado na doutrina e amparado pela jurisprudência o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais irradiam seus efeitos também nas relações privadas, ensejando a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No que tange às características dos direitos fundamentais, De início, entretanto, é de se deixar claro que o modo de tratamento, o desenvolvimento concreto, a validade e efetividade dos direitos fundamentais não supõem uniformidade eis que depende de inúmeros fatores extrajurídicos, como a cultura, a história, o desenvolvimento econômico de cada país a doutrina é uníssona em apontar algumas delas.

Não obstante, a doutrina aponta algumas como principais. Vejamo-las: a) imprescritibilidade: os direitos fundamentais não desaparecem pelo não uso, apresentam um caráter evolutivo no sentido de sempre aumentar o seu núcleo de proteção; b) inalienabilidade: os direitos não podem ser alienados por seu titular eis que decorrem da proteção à dignidade humana, não podem o indivíduo dispor de tal condição; c) irrenunciabilidade: a princípio, sob o mesmo fundamento da inalienabilidade, o direito fundamental não poderá ser objeto de renúncia por seu titular; d) universalidade: vistos sob uma perspectiva holística, são reconhecidos como titulares toda a coletividade jurídica que se enquadra no âmbito de proteção de cada direito; e) interdependência: os direitos não devem ser vistos isoladamente, mas sim de maneira interligada, como um todo que se interpenetra e congrega para uma máxima efetividade; f) complementaridade: no campo da hermenêutica, os direitos fundamentais devem ser interpretados de modo conjugado, levando-se em conta o modelo sistêmico no qual estão inseridos; g) historicidade: os direitos fundamentais são resultados de uma maturação histórica, de maneira que seu significado e extensão surgem num dado momento histórico; h) relatividade: para doutrina de viés axiológico, os direitos fundamentais não podem ser encarados como direitos absolutos, pois encontrariam limitações em outros direitos fundamentais e valores constitucionais assegurados.

Analizados os aspectos concernentes àqueles que são considerados como destinatários dos direitos fundamentais, bem como vistas as características tidas como principais, passa-se ao exame da eficácia de tais direitos.

8. Eficácia dos direitos fundamentais

Antes de iniciar o exame acerca da eficácia dos direitos fundamentais, cabe pontuar o que se quer dizer com a expressão *eficácia*.

Neste sentido, não obstante a profunda divergência doutrinária, filia-se à tese ministrada por José Afonso da Silva quando, ao afirmar que aplicabilidade é a possibilidade submeter aos preceitos da lei uma relação da vida real, assevera que eficácia e aplicabilidade são “fenômenos conexos, encarados por prismas diferentes: aquela como

potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade (2011, p. 60)”. Noutros termos, tem-se por eficácia a aptidão de uma norma ser aplicada aos casos concretos e de, assim, gerar seus efeitos.

Com efeito, da definição acima exposta, extrai-se importante dicotomia no que tange a eficácia dada norma, qual seja: a diferença entre eficácia jurídica e a social.

Sucintamente, tem-se por eficácia jurídica a qualidade de produzir efeitos jurídicos ao disciplinar as hipóteses abrangidas por seu âmbito de incidência. Por outro lado, a eficácia social diz respeito à realidade fática regulada, conformada pelos preceitos da norma, é a manifestação dos efeitos da norma no plano dos fatos. Destarte, verifica-se que a eficácia jurídica guarda relação com a aplicabilidade, exigibilidade da norma, ao passo que a eficácia social refere-se à efetividade, ou seja, a medida de alcance dos objetivos da norma (SILVA, p. 66). Com efeito, dado o fato dos efeitos sociais demandarem a influencia de diversos fatores, muitos deles extrajurídicos, a eficácia das normas constitucionais, analisadas sob uma óptica estritamente jurídica, assemelha-se em muito à eficácia jurídica.

Dado o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, as normas consagradoras de tais direitos adquiriram *status* constitucionais, atraindo para si as regras gerais acerca da aplicação das normas constitucionais.

Nesta seara, vale fazer menção aos ensinamentos de Sarlet que, após detalhado estudo das principais correntes de classificação propostas pela doutrina, assevera que, não obstante as diferenças encontradas, elas não são incompatíveis entre si e destaca alguns pontos de contato. Observa que todas as teorias partem das premissas de que inexistente norma constitucional totalmente destituída de eficácia, assim como determinadas normas, dada sua normatividade incipiente, não possuem o condão de gerar, de forma imediata e autônoma, seus principais efeitos, necessitando de atuação conformadora do legislador. A partir daí, chama a atenção para o fato de que em todas as classificações realçam-se duas categorias de normas: aquelas que independem de atuação do legislador para surtir plenamente seus efeitos, haja vista apresentam completude normativa; e aquelas que, para irradiar seus efeitos principais, demanda a intervenção do legislador infraconstitucional. Evidencia-se, assim, a vinculação intrínseca entre a noção de densidade normativa e a eficácia.

No que tange à noção de densidade normativa, pode-se compreender uma norma com normatividade bastante “quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo.

Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado (FERREIRA FILHO, p. 126)”.

Além de sofrer o influxo das posições retromencionadas, a eficácia dos direitos fundamentais recebe especial tratamento do legislador constituinte no art. 5º, §1º da Constituição de 1988, do qual se extrai o preceito de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Analisando os desdobramentos da inserção de tal preceito na ordem positiva, tem-se que a intenção do constituinte revelou-se no sentido de evitar que, assim como ocorrera na Constituição de Weimar de 1919, as normas consagradoras dos direitos fundamentais, uma vez relegada sua implementação ao alvedrio dos poderes constituídos, se tornassem letra morta. Evidencia-se, destarte, a preocupação em superar a concepção de Estado de Direito formal, no qual os direitos fundamentais somente ganham relevância prática quando disciplinados por lei.

Como conseqüência da cláusula de aplicabilidade imediata, tem-se que, quando da interpretação das normas definidoras dos direitos fundamentais, deve-se partir da presunção que tais preceitos irradiam seus efeitos independentemente de qualquer conformação posterior. Somente quando constatado concretamente que as normas não possuem a normatividade necessária para fazer incidir todos ou determinado efeito, é que se poderá condicionar tal efeito, ou conjunto de efeitos, à atuação do legislador. Assim, até que se verifique a impossibilidade da norma subsistir autonomamente, é de se reconhecer seu caráter preceptivo, e não apenas programático.

Não obstante o imperativo expresso no dispositivo supracitado, vê-se que, assim como ocorre com os demais preceitos inscritos da carta constitucional, a depender da técnica de positivação adotada pelo legislador constituinte, as normas definidoras de direitos fundamentais apresentam-se ora com alta densidade normativa, ora com baixa densidade. Assim é valiosa a lição de Celso Bastos (apud BRANCO, p. 287):

quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda, quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas será exercido na forma prevista em lei, nessas hipóteses o princípio do §1º do art. 5º da CF haverá de ceder.

Referindo-se ao tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho lança mão de raciocínio estritamente lógico pra afirmar a inviabilidade de aplicação imediata de determinadas normas, não obstante qualquer imperativo neste sentido. O autor visualiza duas hipóteses: ou a norma é completa, e assim auto-executável; ou não o é, caso em que não será aplicada. Conclui afirmando que “pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade” (2011, p. 126).

Essas circunstâncias levam à conclusão que o art.5º, §1º da CF configura-se como norma-princípio, estabelecendo um mandado de otimização e determinando que se confira a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais. Neste sentido, Flávia Piovesan (1995) identifica no referido dispositivo o *principio de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais* e assevera que este atua de modo a atribuir aos Poderes Públicos o dever constitucional de promover o ambiente propício para o desenvolvimento e efetividade dos direitos e garantias fundamentais. Reconhece-se, por fim, que a discussão em torno do valor jurídico dos direitos fundamentais origina-se do fato de tais direitos terem sido previstos inicialmente em declarações de direitos ou em preâmbulos constitucionais, não havendo mais o que se discutir desde o fenômeno de sua constitucionalização.

A função exercida por determinado direito e a sua eficácia são fenômenos correlatos, quando não faces de uma mesma moeda, eis que interligados umbilicalmente. Neste sentido, a análise da maneira pela qual as normas definidoras de direitos fundamentais irradiam seus efeitos deve sempre ter em mente o substrato destas normas, ou seja, se elas se configuram como direitos de defesa ou direitos prestacionais, segundo a classificação explicitada alhures.

Os direitos fundamentais de defesa identificam-se a partir da estipulação de um âmbito de incidência negativo da atuação estatal. Em sua essência, cingem-se em normas de competência negativa e prescrevem obrigações de não-fazer ao Estado. Destarte, na medida em que os direitos de defesa, preponderantemente, se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, não é difícil visualizar sua aplicabilidade imediata, independente da intervenção do legislador, uma vez que exige exatamente uma inação, tendo, assim, conforme destacou Luis Roberto Barroso (2001), a própria lei da inércia.

Além disso, no âmbito da influencia da técnica legislativa adotada, a plena eficácia dos direitos de defesa encontram amparo no fato de suas normas definidoras terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para a irradiação dos efeitos essenciais. Chama-se a atenção para o fato de tal conjectura dá-se menos pelo zelo laboral

desenvolvido pelo legislador constituinte quando da elaboração das referidas normas, e mais pela circunstância da desnecessidade de alta densidade normativa para que tais normas irradiem seus principais efeitos.

Diferentemente do que se observa com os direitos de defesa, a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais adquire contornos especiais dada a complexidade da matéria. Razão pela qual, sua análise merece tópico em apartado.

9. Eficácia dos direitos fundamentais prestacionais

De início, para fins de melhor compreender a matéria, cabe uma revisitação do que se entende por direitos prestacionais.

Assim como já afirmado alhures, os direitos ora *sub examine* possuem como objeto precípua uma conduta positiva por parte do destinatário, que, em regra, é o Estado. Ainda, a prestação devida pode ser de índole normativa ou fática, a ensejar, respectivamente, direitos a prestação normativa ou direitos a prestação material.

Com efeito, tem-se que dentro do âmbito abrangido pelos ditos direitos prestacionais, quais sejam: os direitos a prestação em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedimento), os direitos a prestações normativas, e os direitos a prestações materiais (direitos prestacionais sociais), somente os efeitos deste último grupo serão objetos de análise, eis que aí se encontram a maior gama de questionamentos e controvérsias doutrinárias.

Neste particular, faz-se mister salientar que, em decorrência de sua natureza de direito fundamental, assim como da premissa de que inexistem normas constitucionais totalmente destituídas de eficácia, aos direitos prestacionais são conferidos um grau de eficácia mínimo, por menor que seja a densidade normativa de sua norma consagradora.

Por essas circunstâncias, se afirmou alhures que, quando da análise de sua aplicabilidade, determinado direito fundamental não deve ser tomado como um todo, como um bloco sólido e irreduzível. Para uma correta compreensão do âmbito de proteção emanado do dispositivo, é crucial sua análise sob uma óptica fragmentária, de maneira a dissecar o direito fundamental no que tange seus diversos efeitos potenciais a fim de fazer emergir da norma o núcleo autônomo do direito fundamental.

No plano conceitual, vê-se que os direitos fundamentais sociais têm por objeto precípua uma postura ativa, consistente em prestações cujos efeitos recaiam no plano dos fatos, objetivam assegurar as condições materiais necessárias para o efetivo gozo das liberdades asseguradas pelos direitos de defesa. Neste sentido, José E. Faria (apud

SARLET, p. 278), assevera que os direitos prestacionais materiais configuram “um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.

Assim, do exposto, evidencia-se que a dificuldade encontrada pelas normas consagradoras de direitos fundamentais sociais perpassa, assim como as demais normas constitucionais, a técnica de positivação adotada pelo legislador constituinte, ou seja, se tais normas serão dotadas de alta ou baixa densidade normativa.

No que tange aos direitos prestacionais materiais, vê-se que a estrutura das normas definidoras influencia de maneira mais incisiva a irradiação de seus efeitos. Tal conclusão extrai-se do fato que o objeto de tais direitos consiste em prestações ativas que demandam atuação estatal mais complexa e, como consequência, requerem uma maior regulamentação pelo legislador. Dessa forma, deixa de ser o seio constitucional o *locus* apropriado para tal regulamentação, delegando-se tal mister ao legislador infraconstitucional.

Observe-se que não se está a afirmar que os direitos fundamentais sociais são desprovidos de eficácia devido à necessidade de regulamentação; como normas constitucionais que são, sempre lhes serão resguardado um grau mínimo de eficácia compatível com a sua densidade normativa. Neste aspecto, verifica-se a atuação dos direitos prestacionais sociais como parâmetro de constitucionalidade de medidas tendentes a restringi-los, bem como revogando normas anteriores incompatíveis.

Dessa necessidade de regulamentação, decorre a intervenção do legislador. Neste particular, destaque-se que ao legislador, dada sua condição de órgão político legitimado popularmente, é assegurada uma *liberdade de conformação* quando da disciplina normativa dos direitos fundamentais. Com efeito, quando do gozo de tal liberdade, não obstante tratar-se de atividade essencialmente discricionária, é de ver-se que o caminho adotado deve guardar correspondência com o princípio da proporcionalidade, sob pena de transformar-se em arbitrariedade.

Outra característica peculiar decorrente da natureza do objeto dos direitos fundamentais sociais, e que igualmente justifica sua disciplina pelo legislador infraconstitucional, consiste na sua relevante dimensão econômica. Com efeito, por consignarem prestações positivas a serem levadas a cabo pelo Poder Público, tem-se que a eficácia e efetividade dos referidos direitos trazem consigo um “fator-custo” que não pode ser relegado. Somado a isso, registre-se o *princípio da legalidade orçamentária*, a que está atrelado o Estado.

Como desdobramento do referido “fator-custo”, vê-se que a implementação dos direitos em estudo possui como condicionante a real disponibilidade, pelo titular passivo da norma, de promover a prestação reclamada. Em outros termos, deve-se levar em consideração se o Estado reúne as condições financeiras necessárias para atender o imposto pela norma jusfundamental. Manifestando-se sobre o tema, Flávio Galdino (apud KELBERT, 2011 p. 167), chega a afirmar que o “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”

Da conjugação dos dois fatores acima, necessidade de aportes financeiros e a escassez de recursos pelo Estado, surge como fator determinante à consecução dos objetivos constitucionais a denominada *reserva do possível*; segundo a qual os direitos fundamentais sociais “são traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disposições materiais do Estado” (BRANCO, p. 294).

Ao partir da premissa de limitação dos recursos financeiros, constata-se que a aplicabilidade dos direitos prestacionais materiais é antecedida por uma opção política atinente a *onde* e *como* se fará a aplicação das receitas existentes. Opção política que, naturalmente, deverá recair nos ombros dos órgãos legitimados pelo sufrágio popular.

As circunstancias acima narradas, quais sejam: a necessidade de regulamentação dos direitos por normas infraconstitucionais e a limitação dos recursos públicos como fator condicionante à efetivação dos mesmos, fazem da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais grande celeuma no âmbito doutrinário.

10. Implementação judicial dos direitos fundamentais sociais

A justiciabilidade dos direitos sociais é tema que lavra profunda divergência na doutrina e nos tribunais. Com efeito, os conservadores, mais arraigados no positivismo, posicionam-se no sentido das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais serem dotadas de caráter programático, ou seja, evidenciam meros objetivos a serem alcançados pelos poderes constituídos e pela sociedade. Os estudiosos de vanguarda, por sua vez, bebendo das lições do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, asseveram que as normas que definem os referidos direitos sociais, para além de transmitirem os fins a serem buscados pelo Estado Social, abrigam posições jurídicas reivindicáveis tanto administrativamente quanto judicialmente.

Inobstante a tendência moderna e, ao que parece, a posição majoritária da doutrina e jurisprudência serem no sentido pela possibilidade de implementação judicial dos direitos sociais, é de se reconhecer que, mesmo com todo reconhecimento jurídico-filosófico

conferido as direitos fundamentais, a estrutura normativa adotada pelas normas definidoras dos direitos prestacionais materiais evidenciam a imprescindibilidade da atuação do legislador constituído. Seja pela baixa carga eficaz da norma, seja pela complexidade da atuação atribuída ao Estado, vê-se a o dever de legislar como condicionante à plena irradiação dos efeitos de tais comandos constitucionais.

Para além do tipo normativo, a necessidade de atuação do legislador infraconstitucional encontra amparo em face do binômio fator-custo X escassez dos recursos, cujos desdobramentos desembocam na utilização da *cláusula da reserva do possível* como argumento para justificar a não realização dos direitos emanados, bem como a impossibilidade de sindicabilidade de tais direitos pelo judiciário.

Com efeito, a chamada *reserva do possível*, cuja origem remota à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem sua aplicação pela doutrina e pelos tribunais pátrios, preponderantemente, vinculada à questão da escassez orçamentária dos poderes públicos, mas não é só isso. Ela traduz a idéia que a realização dos direitos fundamentais deve pautar-se pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo a escassez de recursos um dos fatores a serem relevados quando da ponderação dos interesses em questão. Assim, vê-se que, os poderes constituídos – Legislativo ou Executivo – quando da formulação das políticas públicas e da escolha de quais direitos serão privilegiados com a alocação dos recursos, deverão observar os critérios da necessidade, adequação e razoabilidade para que não se distancie dos contornos da legitimidade, desaguando nos recantos da arbitrariedade. Tal circunstancia faz José Reinaldo Lopes chegar a afirmar que a judicialização dos direitos sociais representa o chamamento do Estado a explicar suas escolhas e prioridades (apud KELBERT, p. 67)

Partindo da perspectiva da demanda exigida, Ana Paula Olsen (apud KELBERT, p. 70), assevera que as prestações cujas realizações afetam o sistema jurídico, na medida em que sua satisfação compromete a realização de outros direitos tão fundamentais quanto, importam violação à reserva do possível.

Nestes termos, tem-se que a reserva do possível atua em três diferentes dimensões: fática, jurídica e a negativa.

A primeira relaciona-se com a inexistência de recursos para realizar os direitos sociais. Neste contexto, o direito assegurado não foi efetivado devido à ausência de recursos, mesmo após terem sido cumpridas todas as determinações constitucionais no que tange a alocação orçamentária. Em decorrência do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tem-se que, para além da comprovação da inexistência, cabe ao

poder público o ônus de comprovar também o não desperdício das verbas existentes e a eficiente aplicação dos mesmos. Em suma, vê-se que a alegação da reserva do possível na sua dimensão fática traz consigo o encargo do poder público de comprovar tanto a legitimidade formal quanto a material de sua atuação, sob pena de quedar-se inadimplente com seus deveres constitucionais.

A dimensão jurídica, por sua vez, aduz a idéia de que não basta possuir os recursos necessários, também é preciso deter a capacidade de dispor deles. Esta limitação surge na medida em que as próprias previsões constitucionais de arrecadação financeira trazem consigo a destinação na qual as receitas deverão ser aplicadas. Assim, a atuação estatal deve guardar compatibilidade com o estabelecido no orçamento público já aprovado. Desdobramento importante do reconhecimento da disponibilidade jurídica como condicionante à efetivação dos direitos sociais é o fenômeno de *escassez artificial*, segundo o qual a insuficiência de recursos para promover determinado direito se verifica não em decorrência da inexistência dos mesmos, mas sim pelo fato de sua aplicação ter se dado em fins diversos daqueles previstos pelas normas definidoras. Constatada esse tipo de escassez, a alegação da reserva do possível não será o bastante para afastar do ente público a responsabilidade pelo descumprimento de seu mister.

Por fim, a dimensão negativa retrata o entendimento pelo qual a cláusula da reserva do possível não se resume a questões de disponibilidade fática e jurídicas de recursos. Através dela parte-se para outro patamar de análise, no qual a implementação de um direito fundamental afeta e é afetado pela realização ou não realização de outros direitos tão fundamentais quanto. O direito fundamental deixa de ser considerado em si mesmo e passa a ser visto como elemento integrante de um sistema global de proteção. Assim, a dimensão negativa atua de maneira a ponderar a realização de determinado direito na medida em que sua realização comprometa a realização de outros. Com isso, pretende-se proteger o núcleo essencial dos demais direitos considerados fundamentais. Neste particular, considera-se que a mera violação em potencial não se mostra apta a ensejar a legitimidade da não realização de determinado direito social, sendo necessária, portanto, dada a fundamentalidade material do direito, a demonstração concreta de que a realização de um se dá em detrimento de outro(s).

O anseio de proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, conforme evidenciado pela dimensão negativa da reserva do possível resulta do desenvolvimento da doutrina do *mínimo existencial*.

Com efeito, a doutrina do mínimo existencial, cuja origem remota ao Tribunal Constitucional Alemão, anuncia a existência de um direito subjetivo implícito à garantia dos recursos materiais básicos necessários para uma existência digna.

Nada obstante a liberdade de conformação conferida ao legislador infraconstitucional e os relevantes impactos econômicos que a realização dos direitos sociais acarreta, constata-se que a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de considerar como direitos fundamentais justiciáveis as condições materiais mais mezinhas necessárias para a manutenção de uma existência com dignidade. Tal entendimento é consequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que alicerça tanto os direitos fundamentais, quanto a organização e funcionamento do Estado; assim como pela consagração do Estado Social, segundo o qual o Estado deve se organizar de maneira tendente a reduzir as desigualdades sociais, buscando uma sociedade justa, livre e igualitária. Neste sentido, Olsen (apud KELBERT, p. 76), observa que “o reconhecimento dos direitos sociais não se deu em razão da disponibilidade de recursos, de modo que existe uma responsabilidade dos entes estatais no sentido de alocar recursos para a sua efetivação”.

Eurico Bitencourt Neto (2010) destaca ainda como fundamentos do mínimo existencial os princípios da igualdade material e da solidariedade social, e assevera como consequência do direito ao mínimo a eficácia plena das posições jurídicas decorrentes dos direitos fundamentais, quando as pretensões girarem em torno das condições básicas à uma vida digna. O autor defende que a condicionante da reserva do possível não abrange a proteção do mínimo existencial, podendo o Poder Judiciário, determinar a medida necessária à preservação da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Sarlet afirma que a liberdade de conformação do legislador encontra um limite no mínimo em condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, a partir do qual as pretensões que lhes digam respeito são caracterizadas como direitos subjetivos plenamente justiciáveis.

No âmbito da jurisprudência, tem-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou de maneira satisfatória quanto ao tema. Em decisão monocrática de lavra do Min. Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADPF nº45 de 2004, extrai-se, sucintamente, que o Tribunal reconhece que cabe aos Poderes Legislativo e Executivo a promoção de políticas públicas tendentes à realização dos direitos sociais e visualiza na escassez orçamentária do Estado um limite fático à efetivação de tais direitos. Entretanto, considera que quando a omissão estatal é tamanha, de maneira a nulificar os

direitos assegurados constitucionalmente, recai sobre o Poder Judiciário a necessidade de preservação da integridade e intangibilidade do núcleo essencial conformador do mínimo existencial, não podendo a cláusula da reserva do possível ser invocada com o fito de exonerar o poder público de suas obrigações constitucionais, salvo na ocorrência de justo motivo objetivamente aferível. Consignou, por fim, que o processo de concretização dos direitos de segunda geração possui dois condicionantes: a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Inobstante tratar-se da manifestação jurisprudencial que melhor trate do assunto, alguns questionamentos ficaram em abertos, tais como: o que se entende por pretensão razoável, o que consiste disponibilidade financeira, e que circunstâncias enquadrar-se-iam em “justos motivos objetivamente aferíveis”.

Destarte, em face da ausência de estabelecimento de critérios objetivos para lidar com o tema, a doutrina tem apresentado posturas díspares a serem adotadas pelo judiciário quando do enfrentamento da questão, algumas com caracteres bem conservadores, e outras já nem tanto.

Dentro das variadas proposições, entende-se que a razão se encontra com Andreas Krell (2002), segundo o qual a fundamentalidade dos interesses resguardados pelos direitos fundamentais justificam, no contexto de escassez orçamentária, a realocação das verbas destinadas ao atendimento de interesses secundários para cobrir os gastos com os direitos fundamentais. Ressalvando-se que, inobstante a ordem de realocação parta do judiciário, cabe aos órgãos responsáveis pelas políticas públicas (legislativo e executivo) a escolha de quais interesses haveriam de ser sacrificados para o cumprimento da decisão judicial.

Partindo de uma diferente perspectiva, da análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio, vê-se no ramo do direito administrativo, mais detidamente no âmbito da responsabilidade da administração por danos a terceiros, com base nas lições do francês Paul Diez (apud BANDEIRA DE MELLO, 2009), o desenvolvimento da teoria da falta do serviço, segundo a qual a administração pública será responsável pelos danos causados por condutas suas quando restar comprovado a inexistência, o mau-funcionamento ou o retardamento do serviço, vislumbrando-se por detrás uma atuação culposa do poder público.

Na tentativa de estabelecer um paralelo, pode-se entender o dever do legislador infraconstitucional de regulamentar o gozo efetivo de determinado direito assegurado na

norma fundamental como o dever da Administração Pública de prestar serviço público. Assim, tem-se que na hipótese de inexistência, mau funcionamento ou retardamento da prestação adequada do “serviço de legislar” surgirá o direito subjetivo de exigir do Estado a posição jurídica assegurada na constituição, situando-se, neste contexto, o Judiciário como ambiente adequado para cotejar se a atuação do legislador fora culposa ou se pautada por um “justo motivo objetivamente aferível”.

11. Conclusão

De todo o exposto, constata-se que a evolução histórica dos direitos fundamentais, desde o surgimento ou reconhecimento destes, caminhou lado-a-lado com o desenvolvimento sócio-econômico da humanidade. Assim, vê-se que oscilou de momentos de apogeu e de intensas transgressões.

Inobstante a gradual e progressiva expansão do âmbito de proteção albergado pelos direitos fundamentais, variando quanto aos seus titulares, bem como as formas de realização, vê-se que a grande epifania dos referidos direitos se deu com o reconhecimento de sua perspectiva objetiva; momento no qual deixaram de regular unicamente relações subjetivas e a resguardar interesses preponderantemente particulares e passaram a ser encarados como pedras angulares de toda ordem jurídica e de todo organismo estatal, orientando, determinando e legitimando a atuação estatal no sentido de satisfazer os preceitos contidos em suas norma.

O reconhecimento do status de valores supremos a serem assegurados e gradualmente realizados pelos Poderes Públicos e pela sociedade, bem o estabelecimento de um Estado de Direito Democrático Social, conferiu aos direitos fundamentais um viés instrumental outro teleológico, na medida em que podem ser visualizados como meios e fins de uma mesma ordem jurídica.

Como posições jurídicas marcadas pela multifuncionalidade que operam no sistema jurídico, os direitos fundamentais irradiam seus efeitos sob as mais diversas formas, conteúdos e objetos. Nada obstante tal constatação, verifica-se que os direitos fundamentais objetivam, em última análise, a proteção e promoção das condições necessárias para assegurar a manutenção e evolução da dignidade da pessoa humana.

Apesar da fundamentalidade dos bens jurídicos que resguardam, diversos fatores jurídicos e extrajurídicos influenciam, dificultam e, por vezes, inviabilizam a efetivação dos direitos fundamentais.

No que tange aos direitos sociais, observa-se que, no planos dos fatos, o elemento *fator-custo* – inerente a todos os direitos, mas de maneira intensificada naqueles que prescrevem prestações ativas, bem como a escassez de recursos para os investimentos necessários atuam como *condicionantes materiais* para a realização de tais direitos. Quanto aos aspectos jurídicos, por sua vez, têm-se que a estrutura normativa das normas consagradoras, assim como os princípios da limitação orçamentária e da democracia, surgem como *condicionantes formais* à plena implementação dos direitos sociais.

De maneira a tentar superar tais entraves, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais como de aplicabilidade imediata, irradiando os efeitos compatíveis com a carga eficaz que lhes fora concedida pelo legislador constituinte, bem como o seu aspecto axiológico, na medida em que se configuram como parâmetros para orientar e legitimar a atuação do Estado.

Assim, ao irradiar seus efeitos e vincular o agir dos poderes legislativos, executivo e judiciário, vê-se que os representantes estatais devem realizar gradativamente os preceitos estatuídos pelos direitos fundamentais. Neste sentido, é imperativo reconhecer que a implementação dos direitos sociais, dadas as peculiaridades de seus elementos, é atribuição confiada, precipuamente, aos poderes legislativo e executivo, eis que são os órgão políticos legitimados pelo sufrágio popular e aptos à definirem as escolhas e prioridades a serem alcançadas pela sociedade.

Na definição das políticas públicas é assegurada uma ampla *liberdade de conformação*, dentro da qual o agente público, de maneira discricionária, elegerá os bens jurídicos cuja realização se mostra prioritária naquele dado momento. Não obstante, tal atuação deverá pautar-se a partir de juízos de ponderação do valor dos bens a serem implementados e daqueles que serão sacrificados.

Nesse contexto de impossibilidade de assegurar todos direitos catalogados em decorrência da escassez de recursos e da omissão no dever de discipliná-los, a doutrina e jurisprudência pátria, bebendo do direito alienígena, acataram a noção de *mínimo existencial* e reconheceram a natureza de direito subjetivo plenamente justiciável, não dos direitos sociais em toda a sua extensão, mas apenas das posições jurídicas sem as quais não são asseguradas as condições básicas para uma existência com dignidade.

Destarte, conclui-se que a atuação do judiciário quando chamado para analisar uma demanda cujo objeto seja um direito fundamental social, limitar-se-á a aferir se as escolhas das prioridades não transbordaram as balizas da discricionariedade e se as políticas

públicas desenvolvidas estão sendo efetivas em assegurar as condições mínimas necessárias à manutenção da dignidade. Caso verifique-se que tais desideratos não estão sendo cumpridos, o judiciário, exercendo regularmente sua função de fiscalizar e coibir as práticas contrárias à ordem jurídica, imporá coativamente, as medidas que se fizerem necessárias para tanto.

Por fim, destaque-se que não se defende que o judiciário determine o *modus operandi* adotado pelos outros poderes para cumprir com suas decisões, o que se almeja é evitar que o mesmo indivíduo que abriu mão de parcela de sua liberdade quando da firmação do Pacto Social para formação do Estado se veja desamparado, por esse mesmo Estado, das condições necessária para manutenção de sua dignidade, lançado à própria sorte e tencionado a um indesejado retorno ao Estado da Natureza.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Noberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros,

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral, p. 265-327, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. & MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 3ª.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 13ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível – e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Sergio Antonio Fabris Editora: Porto Alegre, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra as omissões legislativas. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.