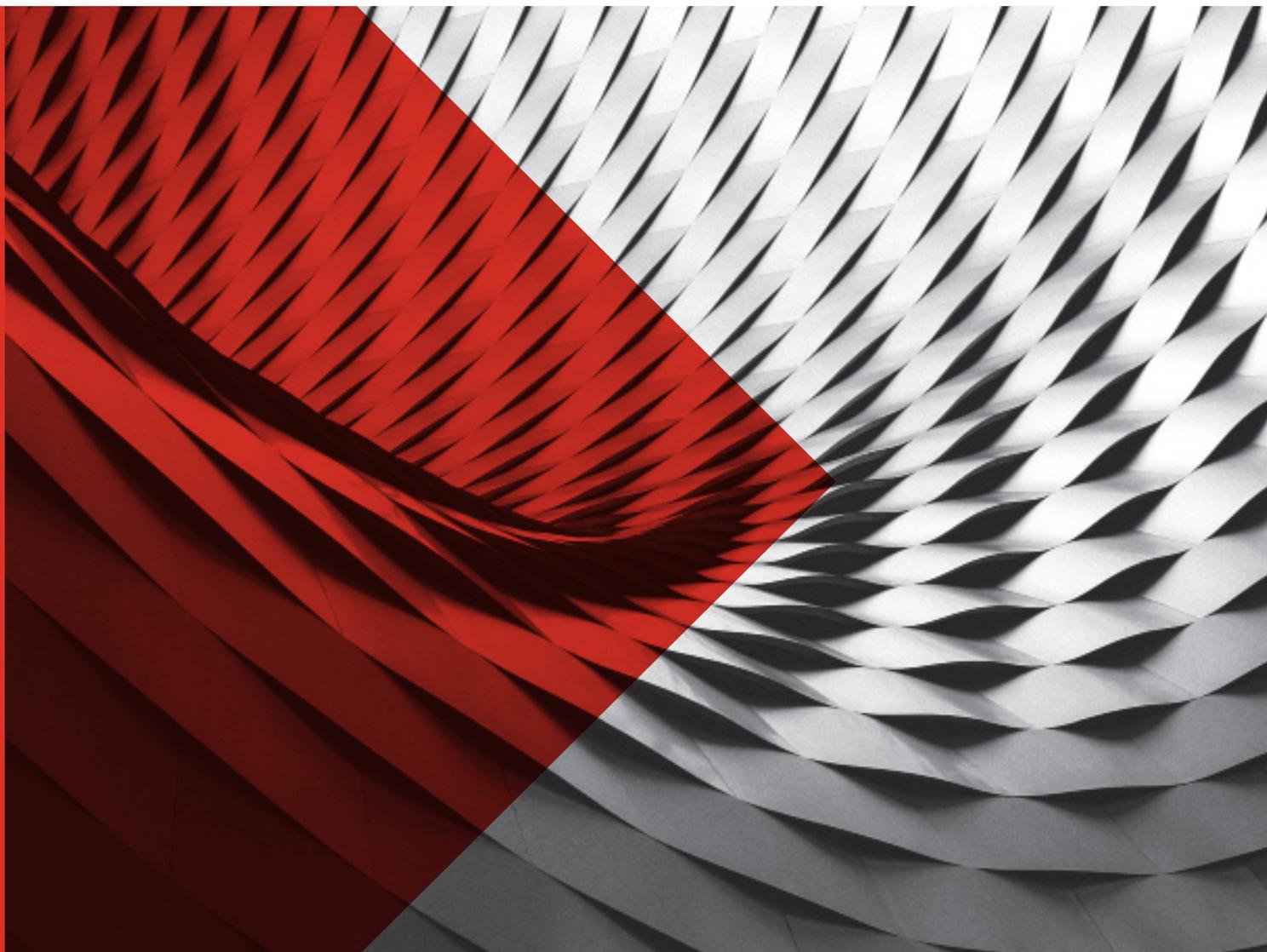


ESTRUTURA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS SOCIAIS

MARCELENE CARVALHO DA SILVA RAMOS



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
CURSO DE DOUTORAMENTO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
DISCIPLINA DE DIREITO CONSTITUCIONAL
REGENTE PROFESSOR DOUTOR JORGE MIRANDA

Estrutura e Aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais

Relatório apresentado pela doutoranda **Marcelene Carvalho da Silva Ramos**, no âmbito da disciplina de Direito Constitucional, do doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, 2007/2008, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob regência do Senhor Professor Doutor Jorge Miranda, como requisito parcial para obtenção do grau de doutoramento.

Lisboa, Primavera de 2008

“Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da ‘res publica’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário. Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-los ativamente enquanto sujeitos.”

Peter Häberle

SUMÁRIO

Introdução.

Considerações iniciais.

Capítulo I - Normas constitucionais: *natureza jurídica, hierarquia, classificação e eficácia.*

1 – *Natureza jurídica, hierarquia e classificação* das normas constitucionais.

2 – *Eficácia e aplicabilidade* das normas constitucionais.

Capítulo II - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: *concepções. Classificações, interconectividade, catálogo, atipicidade, dimensões dos direitos fundamentais e estrutura das normas constitucionais de direitos sociais.*

1 – *Concepções de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Classificação dos Direitos Fundamentais: os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais. Interconectividade ou integração dos direitos fundamentais.*

2 - *Catálogo constitucional de direitos fundamentais e a abertura a novos direitos: as cláusulas abertas ou de não-tipicidade. Fundamentalidade.*

3- *A dupla-dimensão dos direitos fundamentais: objetiva e subjetiva.*

4 – *A estrutura das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais.*

Capítulo III – Aplicabilidade das normas de direitos sociais: *maximização de eficácia, vinculação dos poderes públicos e cláusula da reserva do possível.*

1 - *Cláusula de maximização ou otimização de eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação dos poderes públicos. A vinculação do legislador aos direitos sociais e o princípio da liberdade de conformação.*

2 - *Cláusula da reserva do financeiramente possível.*

Capítulo IV – Colisão entre Direitos Fundamentais, eficácia horizontal dos direitos sociais, limites à revisão das normas constitucionais de direitos sociais e instrumentos constitucionais-processuais de tutela.

1 - *A colisão entre direitos fundamentais: a ponderação.*

2 - *Eficácia e aplicabilidade horizontal dos direitos sociais: eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídico-privadas.*

3 - *Limites à revisão e à reforma constitucional: os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas.*

4 - *Instrumentos constitucionais-processuais de tutela dos direitos sociais.*

Capítulo V - Justiciabilidade dos direitos sociais e a *cláusula geral de igualdade; os princípios da proibição de retrocesso social e da dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.*

Conclusões.

Bibliografia.

Introdução.

Optou-se por abordar a temática da aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais ressaltando três âmbitos teóricos de inserção do tema, que se apresentaram indispensáveis para, em breve síntese, contextualizarem-se os avanços obtidos nessa seara e os desafios dogmáticos que a matéria ainda comporta.

Nesse sentido, procura-se tratar a questão da estrutura das normas constitucionais de direitos sociais, comparando-se os ordenamentos constitucionais brasileiro e português e lançam-se algumas pistas de como se dá a aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais: se do mesmo modo como se aplicam as normas constitucionais veiculadoras de direitos de liberdades e garantias individuais ou de modo próprio e específico. E ainda, se são as normas constitucionais de direitos sociais sindicáveis perante o poder judicial ou se sua justiciabilidade fica prejudicada pela reserva legal para a elaboração de políticas públicas nas diversas áreas sociais e pela reserva do financeiramente possível.

Desse modo, a sistematização do trabalho obedecerá ao seguinte esquema: dar-se-á ênfase à abordagem teórica - Teoria Constitucional, Teoria da Norma Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais-; ressaltando também o prisma dogmático-jurídico - partindo do texto da atual Constituição brasileira (CF/88), traçando um quadro comparativo com a vigente Constituição portuguesa (CRP/76). E ainda, de forma supletiva, destacar-se-ão os instrumentos processuais-constitucionais de garantia e concretização dos referidos direitos; e por derradeiro, a práxis acerca do assunto, por meio da análise da jurisprudência e no limite da demonstração do aspecto da justiciabilidade dos direitos sociais nos ordenamentos constitucionais contemporâneos do Brasil e de Portugal.

Os temas inseridos no capítulo IV têm propositadamente pouco desenvolvimento, eis que se inserem na temática de outros doutorandos, servindo como coadjuvantes do tema aqui tratado.

Considerações iniciais.

No âmbito da Teoria Constitucional o destaque é para a *revolução copernicana*, assim denominada por JORGE MIRANDA¹, que tem correspondência no discurso de HESSE² acerca da *força normativa da Constituição* ou ainda, no que vem sendo designado pela doutrina constitucional de *neoconstitucionalismo*³. Todos esses fenômenos têm subjacente a mudança de paradigma operada no Direito Constitucional, qual seja, a superação da *supremacia parlamentar* pela *supremacia constitucional*.

Com o que, verifica-se uma alteração do eixo dos ordenamentos jurídicos dos Estados constitucionais contemporâneos, com a Constituição assumindo o centro e o topo das ordens jurídicas dos Estados Democráticos de Direito.

Mencionados fenômenos têm por fundamentos, todos em comum, o que tem vindo a ser sintetizado por meio de três marcos que os reconhece e delimita. São eles⁴:

1-Marco histórico: verifica-se no pós-Segunda Guerra Mundial na Europa ocidental (meados do século XX) e pós-ditaduras na América Latina (no Brasil dá-se somente na década de 80, pelo que configura-se o que BARROSO denomina de *trunfo tardio do constitucionalismo brasileiro*).

2-Marco filosófico: o que tem vindo a ser denominado de *pós-positivismo jurídico*, pela conjugação dos ganhos do positivismo jurídico - autonomia e impositividade normativas - e do jusnaturalismo por meio do acolhimento pelo direito constitucional do contributo que as outras searas do conhecimento

¹ MIRANDA, Jorge in *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 2000, pp. 30-31.

² HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Sérgio, Rio Grande do Sul-BR, 1991.

³ Por todos BARROSO, Luís Roberto, in *Temas de Direito Constitucional*, Tomo. III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

⁴ Idem.

humano – como a filosofia, as ciências econômicas, as ciências sociais, a história, dentre outros – podem oferecer à realidade constitucional.

3- Marco teórico: é propriamente o surgimento de um “novo” direito constitucional, que à falta de melhor denominação vem sendo designado pelos doutrinados, modo geral, por *neoconstitucionalismo*. Esse novo constitucionalismo tem por fundamentos:

3.1- A *força normativa da Constituição*, tema da Aula Magna proferida por KONRAD HESSE, em 1959, na Universidade de Freiburg – RFA, é a defesa de um constitucionalismo próprio dos Estados Democráticos de Direito em que a Constituição é um estatuto jurídico (dos fenômenos políticos, sociais, econômicos, etc.) e, portanto, suas normas são dotadas de eficácia jurídica, aptas, a inovarem a ordem jurídica, criando, extinguindo ou modificando direitos, de forma impositiva, coercitiva, exigível em face de todos os seus destinatários e sindicáveis perante os poderes públicos. E ainda, e por conseqüência, o reconhecimento da eficácia dos princípios constitucionais tanto quanto das normas-regras.

3.2- Expansão dos *direitos fundamentais* com a inclusão dos direitos sociais nos catálogos de direitos fundamentais das Constituições dos Estados Democráticos, para além de direitos de liberdades e garantias individuais.

3.3- Expansão da *jurisdição constitucional* com a adoção por outros Estados da Europa Continental do *controle jurisdicional abstrato e concentrado de normas*, e também por Estados Latino-americanos, ao lado do *controle difuso e concreto* de constitucionalidade.

3.4- Construção de uma *hermenêutica constitucional* específica e apropriada à solução de colisão de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, qual seja, a *ponderação de valores ou bens jurídicos*, para além dos métodos de interpretação clássicos de normas, que remetem ao silogismo jurídico ou à

subsunção dos fatos às normas, que dão conta da solução dos conflitos entre regras constitucionais (*solução de tudo-ou-nada*, na expressão de DWORKIN⁵).

3.4.1- Fortalecimento da *argumentação jurídica* como método racional de fundamentação das decisões, em especial dos denominados *casos difíceis*, na difundida expressão de DWORKIN⁶, em que o intérprete constitucional, mormente o juiz vê-se, no caso concreto, com a difícil missão de, no limite, não podendo preservar os princípios ou direitos fundamentais colidentes, ter que afastar um e aplicar o outro, de acordo com *princípios hermenêuticos*, em especial os da proporcionalidade (*justa medida*) e da razoabilidade (*bom-senso*), relevando, assim e também a importância da *interpretação principiológica*, sobretudo, repita-se, o princípio da proporcionalidade, no sentido da idoneidade ou adequação dos meios utilizados, a verificação quanto à necessidade da sua utilização para obtenção dos fins ou resultado reclamados e a proporcionalidade em sentido estrito, pela ponderação dos bens jurídicos em contraposição⁷.

GARCIA DE ENTERRÍA assim sumaria a temática, em tradução livre: a Europa do segundo pós-guerra viu liquidado o tema da titularidade da soberania pelo triunfo do princípio democrático como princípio único de organização do poder, compreendido como pacto social básico que todo o povo se dá a si mesmo e que por isso vem erigir-se em norma suprema de todo o ordenamento que rege esse povo (conceito norte-americano de Constituição). Três são os fatores que contribuem para capital transformação: (i) a desaparecimento, com o estigma dos totalitarismos derrotados, de qualquer alternativa ao princípio democrático puro, que passa a ser o único e indiscutível princípio de organização política, tendo como suporte essa concepção de Constituição; (ii) a consagração definitiva do sistema de justiça constitucional, com base no sistema americano e na reelaboração do controle concentrado de constitucionalidade das leis de matriz kelseniana, pelo Tribunal Constitucional,

⁵ DWORKIN, Ronald in *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

⁶ DWORKIN, Ronald in *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.

⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

com jurisdição exclusiva; (iii) a defesa intransigente do sistema democrático e a proteção do sistema de direitos fundamentais e dos valores substantivos em que se apóia, criando um sistema especial de proteção frente às maiorias eleitorais eventuais e mutáveis, capaz de fazer valer esse núcleo essencial frente às leis ordinárias, fruto de possíveis maiorias ocasionais. Sendo que, somente a normatividade superior da Constituição pode oferecer eficaz garantia aos valores superiores que se encontram no seio da sociedade.⁸

Capítulo I - Normas constitucionais: *natureza jurídica, hierarquia, classificação, eficácia e aplicabilidade.*

1 – *Natureza jurídica, hierarquia e classificação* das normas constitucionais.

No âmbito da Teoria da Norma Constitucional sobressai contemporânea concepção das normas constitucionais como gênero do qual são espécies as regras e os princípios constitucionais⁹ e insere-se na *revolução copernicana* como um dos seus principais elementos. Disso decorre que:

As normas constitucionais *têm a mesma natureza*, qual seja, *natureza jurídica* e de Direito Constitucional. Desse modo, *não há hierarquia entre as normas constitucionais*¹⁰, eis que sendo de mesma natureza e não havendo uma *escala axiológica* das normas constitucionais - todos os valores e bens jurídicos tutelados pela Constituição têm *valor constitucional*. Assim, encontrando-se as normas constitucionais na mesma posição hierárquica no

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *in La Constitución como norma y El tribunal constitucional*, Thomson, Civitas, 2006, pp. 293-4.

⁹ Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998.

¹⁰ Cf. ALEXY *in Teoria ...*: a diferença entre princípios e regras é qualitativa e não de grau.

ordenamento constitucional-, não há entre elas, *a priori*, uma *ordem de precedência*.¹¹

Ao menos não há abstratamente. Admitir o contrário seria compactuar com a idéia de existência de antinomias na Constituição, quando o que melhor se coaduna com a unidade da Constituição e harmonia do sistema constitucional é um posicionamento que rechaça antinomias ou contradições na Constituição.

Diferentemente se passará nos casos concretos, quando direitos subjetivos encontram-se em conflito, com o que, ter-se-á a situação de colisão de direitos fundamentais, para o que as formas de busca da melhor solução estão genericamente acima apontadas, qual seja, por meio da *ponderação* dos bens jurídicos em contraposição. O mesmo se passa entre colisão de princípios constitucionais.

As normas constitucionais, contudo, *diferem qualitativamente*, com o que, regras e princípios constitucionais têm *atributos* ou *qualidades* próprias que os distinguem.

Com efeito, os *princípios constitucionais* caracterizam-se pela vaguidade (são vagos ou *fuzzy*¹²), grande abertura exegética, maior incompletude, imprecisão, baixa densidade jurídica, conteúdo apriorístico, *prima facie*, definível. Ainda, maior proximidade com a idéia de Direito (LARENZ¹³) e irradiação a todo o sistema jurídico projetando-se sobre os preceitos constitucionais, inclusive sobre as regras, com o que, sobressai a característica normogenética dos princípios constitucionais. Também é de ressaltar-se a convivência harmônica entre os princípios, pelo que não há exclusão de nenhum deles do sistema em caso de colisão.

¹¹ Em sentido semelhante JORGE MIRANDA *in Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra, 2000, pp. 194-195, elabora um rol de direitos fundamentais por ordem preferencial, ressaltando, contudo, sua aplicabilidade apenas nos casos em concreto, diante da colisão de direitos fundamentais.

¹² *Metodologia 'fuzzi' e 'camaleões normativos' na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, 1996, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004.*

¹³ LARENZ, Karl, *Metodología de La Ciencia Del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

Já as *regras constitucionais* têm alta densidade ou densificação ou concretude jurídica e, por isso menor abertura hermenêutica e ainda, conteúdo preciso, determinado e definitivo e, portanto, maior completude. Sua convivência é conflituosa ou excludente (*tudo-ou-nada*).

De modo que, as *regras constitucionais* têm a qualidade de proporcionar *maior segurança jurídica*, em contrapartida, ensejam menor liberdade de conformação ao intérprete constitucional. Os *princípios constitucionais* nada obstante ensejarem menor segurança jurídica proporcionam ao sistema (e ao intérprete) constitucional maior liberdade de conformação da ordem jurídica, propiciando, ainda, a *mutação constitucional*, que enquanto mudança operada na constituição de maneira informal (por meio da interpretação e aplicação das normas), mantém a *constituição viva (living constitution)*, em mútua influência no que respeita às transformações sociais.

2 - Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas constitucionais *diferem também quanto à eficácia ou aplicabilidade*. Eficácia e aplicabilidade, conquanto categorias jurídicas autônomas, são conexas, eis que imbricadas na temática da concretização constitucional. Enquanto a eficácia aponta para a potência da norma (o potencial ou aptidão para a produção de efeitos jurídicos) a aplicabilidade remete à reazabilidade concreta da norma constitucional, ou seja, à realização de seu conteúdo. Sendo ainda fenômeno conexo a ambos a *efetividade* ou eficácia social da norma, que remete à concretização de seu conteúdo social¹⁴.

Há várias *classificações* na doutrina no que pertine à eficácia da norma constitucional. Todas convergem para uma diferenciação na potencialidade de densificação ou concretização das normas constitucionais, o

¹⁴ Cfr. BARROSO, Luís Roberto *In O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

que resultará num maior ou menor grau de aplicabilidade de tais normas ou em “sucessivos graus de efectividade (ou eficácia) intrínseca das normas”¹⁵.

Por todas, destaquem-se as classificações de J.MIRANDA e J.A.SILVA¹⁶. São elas, respectivamente: normas preceptivas exequíveis por si mesmas e normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas (contendo fins e programas a serem prosseguidos pelo Estado); e normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, de eficácia limitada ou reduzida e aplicabilidade indireta e mediata, dependentes de intermediação legislativa, que se desdobram em normas de princípios institutivos ou regulativos e normas de princípios programáticos e normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral (ex: art. 5º, XIII, CF/88¹⁷).

A propósito de tratar acerca da eficácia das normas constitucionais, J.A.SILVA aponta as dificuldades que a doutrina em geral encontra no que pertine à existência mesma do direito, questão essa que ultrapassa as fronteiras do direito constitucional, sendo afeta à própria teoria geral do direito.

Daí que categorias jurídicas diversas como *positividade*, *vigência*, *eficácia*, *observância*, *facticidade* e *efetividade* do Direito, por vezes são tomadas pelo mesmo sentido semântico, sendo que, a teoria egológica do Direito¹⁸ distingue apenas validez e vigência, tomando os demais termos como sinônimos.

Já para a sociologia jurídica a vigência da norma reconduz à sua eficácia e assim, de acordo com EVARISTO DE MORAIS FILHO “*vigente é o*

¹⁵ MIRANDA, Jorge *In Teoria do Estado e da Constituição*, Rio, Forense, 2005, pp. 212-223.

¹⁶ MIRANDA, Jorge *In Teoria do Estado e da Constituição*, Rio, Forense, 2005, pp. 212-223 e SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 7ª. Edição, 2007, pp. 62-87

¹⁷ Art. 5º, XIII, CF/88: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*”

¹⁸ COSSIO, Carlos *in Teoría de La verdad jurídica*, p. 180, cfr. SILVA, José Afonso, *in Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 63.

Direito que obtém, em realidade, a aplicação eficaz, o que se imiscui na conduta dos homens em sociedade e não o que simplesmente se contém na letra da lei, sem ter conseguido força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais”.¹⁹

SILVA perfilha-se ao normativismo kelseniano²⁰, que diferencia vigência de eficácia, reconduzindo aquela à ordem do *dever-ser* e esta do *ser*, significando vigência a própria existência da norma no direito positivado no presente, atual²¹ e eficácia a sua aplicabilidade ou efetividade.

Entendendo por *eficácia* “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivado pelo legislador”.²²

Sendo que distingue - a *eficácia social*, “que designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada..”, ou o que BARROSO²³ designa de *efetividade da norma* – de *eficácia jurídica*, que é “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”.²⁴

¹⁹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 64.

²⁰ KELSEN, Hans, *in Teoria Pura do Direito*, v I, 18 e 19.

²¹ Resume o autor, à p. 65, que a “*Positividade do Direito exprime a característica de um Direito que rege, in concreto, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas, socialmente postas; pode ser histórico, como atual; opõe-se a direito natural*” e a “*Vigência do Direito ou Direito vigente, caracteriza o Direito que rege, aqui e agora, 'hic et nunc', as relações sociais; refere-se ao Direito presente; designa a existência específica de uma norma, opondo-se ao direito histórico*”.

²² SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 66.

²³ BARROSO, Luís Roberto, *in O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 78 e ss.

²⁴ Para BARROSO, Luís Roberto, *in* “A doutrina brasileira de efetividade”, *Temas de Direito Constitucional*, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 61 e ss., “Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia. As anotações que se

Anota ainda, que uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, significando que pode gerar certos efeitos jurídicos, como o de revogar normas anteriores e todavia, não ser efetivamente cumprida no plano social. Contudo, tais categorias são conexas.²⁵

Observa, ainda o doutrinador, que o Direito depara-se com a problemática da classificação das normas “*para explicar a maneira como o imperativo se manifesta*”²⁶, questão que não concerne apenas ao direito constitucional, mas também à ciência do Direito. Assim, assevera que o “caráter imperativo das normas jurídicas revela-se no determinar uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou um *não-agir*; daí distinguem-se as normas jurídicas em *preceptivas* – as que impõem uma conduta positiva – e em *proibitivas* – as que impõem uma omissão, uma conduta omissiva, um não-actuar, não fazer”. Destacando ainda, que as normas constitucionais são na sua grande maioria dos dois tipos e que, todavia, tal distinção reduz-se, no mais das vezes a uma significação filosófica (DEL VECCHIO), já que um mesmo comando pode traduzir-se sob forma preceptiva ou proibitiva, em especial, no que respeita ao direito constitucional no tocante às normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, “onde a afirmativa de direitos subjetivos em favor dos indivíduos importa a negativa da ação do Poder Público”.²⁷

Ressalta, também, que para DEL VECCHIO tais espécies de normas são *primárias* “porque são suficientes por si mesmas, isto é, exprimem diretamente uma regra obrigatória do agir; outras são *secundárias*, ”visto que não são bastantes por si mesmas, mas dependem de outras, a que devemos

seguem têm por objeto um quarto plano que por longo tempo fora negligenciado: o da efetividade ou eficácia social da norma. A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

²⁵ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 66.

²⁶ DEL VECCHI, Giorgio, *in Philosophie Du Droit*, p.206.

²⁷ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 67.

reportar-nos para compreender aquelas exatamente”. Contudo, não se tratam das denominadas normas constitucionais *auto-aplicáveis* e as *não auto-aplicáveis*, “aquelas *bastante em si* e estas *não-bastantes em si*”, eis que para DEL VECCHIO as *normas secundárias* são as regras *declarativas* ou *explicativas*, excluindo de tal classificação as *interpretativas*, incluindo porém, as *ab-rogativas* (com o que não concorda SILVA).²⁸

Assevera, que a “clássica distinção das normas jurídicas sob o ponto de vista da eficácia – a qual resume todas as outras é que as separa em *normas coercitivas* (*ius cogens, normas cogentes, taxativas*, na terminologia de Del Vecchio) e *normas dispositivas* (*ius dispositivum*)”. Sendo que, *coercitivas* “são as que impõem uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes, classificando-se, por isso, em *normas preceptivas* (ou, segundo outros, *imperativas*) e em *normas proibitivas*, como doutrinam HERMES LIMA (*Introdução à ciência do Direito*), BENJAMIM DE OLIVEIRA FILHO (*Introdução à ciência do Direito*), VICTOR NUNES LEAL (*Classificação das normas jurídicas*), além de DEL VECCHIO. E *dispositivas* são aquelas que “*completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais, porque da natureza imperativa do Direito não se segue que ele não leve em conta ou suprima sempre a vontade individual*” (HERMES LIMA), sendo certo que também gozam de imperatividade, eis que, “*dadas certas condições ou hipóteses previstas, incidem obrigatoriamente*”.²⁹

Adverte, que as normas constitucionais situam-se na esfera do direito cogente e que as normas constitucionais dispositivas “*afigram-se tão*

²⁸ Cf. SILVA, J.A, *in op. cit.*, pp. 68-70: “Normas *permissivas* (ou facultativas são as que atribuem uma permissão, sem determinar a obrigatoriedade de uma conduta positiva ou omissiva” o que teria induzido “parte da doutrina a afirmar que nem todo Direito é imperativo”. Alerta SILVA para o equivoco, eis que as normas permissivas “constituem, em princípio, exceções a regras proibitivas existentes na ordem jurídica” o que é freqüente no âmbito do direito constitucional e é de onde precisamente decorre sua imperatividade (as exceções). Sendo exemplo de regras ao mesmo tempo permissivas e proibitivas no ordenamento constitucional brasileiro as regras de competência “as quais contêm simples faculdade ou autorização para o exercício do poder outorgado, como é exemplo frisante a competência para decretar tributos”.

²⁹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp. 70-1.

vinculantes como as demais”, já que “ao facultarem um modo de agir, excluem qualquer outro (...) ou vedam a obtenção dos fins nelas previstos de outro modo que não na forma, limites e condições que autorizam (...)” e portanto, “um ato ou lei que estatua de outro jeito será fulminado de inconstitucionalidade.³⁰

E destaca do pensamento de FRANCISCO CAMPOS, que sendo “todas elas de ordem constitucional, terão, igualmente, a mesma força, que lhes provém não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não podendo conceber que se reserve ao legislador o arbítrio de distingui-las, para o efeito de sua observância, em essenciais ou substanciais, a saber, imperativas ou mandatórias e em acessórias ou de mera conveniência, isto é, diretórias”.³¹

Lembra, que a jurisprudência e a doutrina norte-americanas elaboraram uma classificação das normas constitucionais sob o ponto de vista de sua aplicabilidade em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, o que foi traduzido na doutrina brasileira, em especial por RUY BARBOSA por, respectivamente, normas *auto-aplicáveis* ou *aplicáveis por si mesmas*, ou ainda, *bastantes em si* e normas *não auto-aplicáveis* ou *não auto-executáveis* ou *não executáveis por si mesmas*, ou ainda, *não-bastantes em si*. Tal distinção decorre da constatação de que as constituições “consustanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente

³⁰ Afirmando não haver no direito constitucional normas supletivas no sentido usado no direito privado, SILVA (pp.71-2) recorda que a jurisprudência norte-americana “pretendeu distinguir as normas constitucionais em duas categorias: a) as *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais cujo cumprimento é obrigatório e inescusável; b) as *directory provisions* (prescrições diretórias), de caráter regulamentar, podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse inconstitucionalidade de seu ato”, tendo recebido críticas de COOLEY (*Treatise on the constitutional limitations*). Sendo que tal formulação é repelida por FRANCISCO CAMPOS, porque remeteria àquela que distingue leis constitucionais formais e materiais e também por SILVA, a quem repugna “ao regime da constituição escrita ou rígida a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime, são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da constituição, seja qual for o seu conteúdo ou natureza”.

³¹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 72.

desenvolvidos e aplicados pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação”.³²

As normas constitucionais *self-executing* ou *self-enforcing* ou ainda *self-acting*, são aquelas “desde logo aplicáveis porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações, comportamentos de que cogitam”; as normas constitucionais *not self-executing* ou *not self-enforcing* ou *not self-acting* são aquelas não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si, em suma, são as de “aplicabilidade dependente de leis ordinárias”.³³

Todavia, sublinha que tal classificação não é consentânea com o constitucionalismo contemporâneo, sendo por isso, tal matéria sido reelaborada sob outros ângulos e de acordo com o “conteúdo sócio-ideológico das constituições do após-guerra”, eis que, como formulada sugere a existência nas constituições de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, destacando que o próprio RUY já reconhecia que “não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”. Advertindo ainda que: “Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas *não auto-aplicáveis* são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida”.³⁴

Como anota sobre CRISAFULLI:

³² SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp. 72-3. Na expressão de RUY BARBOSA *in Comentários à Constituição Brasileira*, v. 2, pp. 475 e ss.: são “largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes a uma característica, a uma indicação, a um traço”.

³³ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp. 74.

³⁴ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp. 75-6.

“não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente.”³⁵

Buscando uma reelaboração da temática, sem desprezar de todo a formulação norte-americana, constata SILVA, que na Itália do pós-guerra os doutrinadores dedicaram-se à análise do tema movidos por decisões dos tribunais acerca da eficácia e aplicabilidade nas normas constitucionais, partindo de pontos de vista desde os mais extremados³⁶ até chegarem a um resultado mais satisfatório, em especial no que pertine às normas programáticas, salientando sua importância no ordenamento jurídico onde estão inseridas. O que “seria mesmo de estranhar houvesse numa constituição rígida – instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade – normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de serem inscritas nela atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo”.³⁷

Ressalta que “não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. (...) Todo princípio inserto numa constituição rígida

³⁵ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.76.

³⁶ Cfr. SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p 76: AZZARITI in *Problemi attuali di diritto costituzionale* acolheu a tese judicial que distingue as normas constitucionais em programáticas e de natureza jurídica, o que equivale “a negar juridicidade às primeiras”, sustentando que tais normas “puramente diretivas se limitam a indicar uma via ao legislador futuro, não sendo nem mesmo verdadeiras normas jurídicas, negando-lhes qualquer eficácia e, mesmo que a lei delas divirja, ainda serão válidas”.

³⁷ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.76-7.

adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático (...)", exemplificando com a norma inserta no art. 170 da CF/88, que trata da ordem econômica que "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".³⁸

Ao final e ao cabo, a doutrina e a jurisprudência italianas formularam a seguinte classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade: a) normas *diretivas*, ou *programáticas*, dirigidas essencialmente ao legislador; b) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, de aplicabilidade imediata; c) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, mas não de aplicabilidade imediata.

Repele SILVA veementemente uma tal classificação pela qual as "*normas diretivas* não contêm qualquer preceito concreto, mas dão somente diretivas ao legislador futuro, e não excluem, de modo absoluto, a possibilidade de que sejam emanadas leis não conforme com elas, e menos ainda atingem, de qualquer maneira, as leis preexistentes" - eis que se "fundamentam na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas", advertindo que "normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas", já que "todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas". E mais, que as normas programáticas exercem relevante função no ordenamento jurídico, tendo efeitos jurídicos e não se dirigindo apenas aos legisladores.³⁹

Assevera, que a eficácia jurídica constitui a base da aplicabilidade das normas constitucionais e que "não há norma constitucional alguma destituída de eficácia" irradiando, todas elas, efeitos jurídicos e inovando a ordem jurídica, admite porém, que a "eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou

³⁸ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p. 80.

³⁹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp. 80-1.

complementar executória, prevista ou requerida”. Desse modo, diferenciam-se as normas constitucionais apenas quanto ao “grau de seus efeitos jurídicos”.⁴⁰

Todavia, prossegue, é insuficiente classificar as normas constitucionais em apenas dois grupos como apregoam alguns autores, como CRISAFULLI⁴¹, dividindo-as em “a) normas constitucionais de *eficácia plena*, que seriam aquelas de imediata aplicação; b) normas constitucionais de *eficácia limitada*”⁴²; propondo, ao invés, uma tríplice classificação das normas constitucionais em “I – *normas constitucionais de eficácia plena*; II – *normas constitucionais de eficácia contida*; III – *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*”. As primeiras são normas que produzem todos os seus efeitos essenciais, ou têm a possibilidade de produzi-los e portanto, todos os objetivos visados pelo constituinte, porque criadas com normatividade suficiente e incidem “direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”. As segundas também incidem imediatamente produzindo ou podendo produzir todos os efeitos desejados, todavia, “prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”. As últimas “são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos, porque o legislador constituinte, por

⁴⁰ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp.81-2.

⁴¹ CRISAFULLI, Vezio, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 1952.

⁴² MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. in *Curso de Direito Constitucional*, 1991, p. 317 e ss., já na década de 50 sob inspiração da classificação de Crisafulli criticou a doutrina norte-americana que silenciava acerca da ingerência do legislador no cumprimento de normas auto-executáveis, ausência de reconhecimento de efeitos jurídicos às normas não auto-executáveis e acerca de situações intermédias. Para M.Teixeira as *normas de eficácia plena* são as “que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto”. As normas constitucionais de *eficácia limitada ou reduzida* são as “que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário”. Sobre as *normas programáticas e de legislação*, subcategorias das normas de eficácia limitada ou reduzida, ensinou que: “As primeiras, versando sobre matéria eminentemente ético-social, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural, etc.), assinalados ao legislador ordinário. As *normas de legislação*, todavia, não possuem conteúdo de natureza ético-social, mas inserem-se na parte de *organização da Constituição*, e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades).

qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinários ou a outro órgão do Estado”.⁴³

Desse modo, as *normas de eficácia plena* têm “*aplicabilidade direta, imediata e integral*” sobre os valores ou interesses normatizados constitucionalmente; as *normas de eficácia limitada* são de “*aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*” porque dependentes de uma “normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto venham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes”; e as *normas de eficácia contida* são de “*aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade”.⁴⁴

Observa, que as constituições contemporâneas contêm categorias distintas de normas de eficácia limitada: algumas dependem apenas de atuação posterior do legislador para conferir-lhes executoriedade (vg as normas que estabelecem organização e competências estatais, como as dos arts. 90§ 2º e 91,§2º, CF/88) e outras que não remetem à lei, mas “estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados”, como por exemplo, a norma contida no art. 196, CF/88 acerca do direito à saúde.⁴⁵

Diante disso, a doutrina estabeleceu uma sub-divisão na classificação das normas constitucionais de eficácia limitada: a) normas *programáticas*, “que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa,

⁴³ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp.82-3.

⁴⁴ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp.82-3.

⁴⁵ Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

cultural etc.)” e b) normas de *legislação*, “que não têm conteúdo ético-social, mas se inserem na parte organizativa da constituição”.⁴⁶

Contudo, tal terminologia não é adequada à realidade, eis que há “normas programáticas que também são de *legislação*, porque remetem à lei para incidir, como é exemplo a do inciso V do art. 203 da Constituição: ‘garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei’. Demais, a expressão *normas de legislação* não indica o conteúdo da norma, critério em que se baseia a distinção”.⁴⁷

Reconhece a dificuldade de dar tratamento científico adequado à classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade e observa, que todas as normas de eficácia limitada ou reduzida positivam “*princípios* ou *esquemas* sobre a matéria objeto de cogitação do constituinte, o qual deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo sua concreção normativa, refiram-se ou não a uma legislação futura. A diferença é que umas declaram princípios regulativos ou institutivos, e outras, princípios programáticos”.⁴⁸

Todavia, por si só o critério de legislação futura não fundamenta o fenômeno, eis que “há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais”.⁴⁹

Em casos assim, “o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que dependem de legislação. Esta, em consequência, servirá para limitar a expansão da eficácia

⁴⁶ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.84.

⁴⁷ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.84.

⁴⁸ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, pp.84-5.

⁴⁹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.85. De que é exemplo o art. 37, I, CF: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”.

normativa, pelo quê se poderá admitir, como já admitimos, a *classe das normas de eficácia contida*, isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.). Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma será de aplicabilidade imediata expansiva”.⁵⁰

Com isso, conclui apresentando a já célebre classificação tricotômica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade mais consentânea com a realidade constitucional contemporânea, em “(1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral (3) normas de eficácia limitada (a) *declaratórias de princípios institutivos ou organizativos* (b) *declaratórias de princípio programático*.”⁵¹

Rerefe ainda, a classificação apresentada por JORGE MIRANDA⁵² salientando sua utilidade sob vários aspectos, objetando, todavia, que “do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, sua classificação se reduz a não mais do que: a) normas constitucionais *preceptivas* e normas constitucionais *programáticas*; b) *normas constitucionais exequíveis e não-exequíveis*; c) *normas constitucionais a se* e *normas sobre normas constitucionais*”.

JORGE MIRANDA, em sua obra *Teoria do Estado e da Constituição*,⁵³ também confronta seu pensamento com o de JOSÉ AFONSO DA SILVA. Antes porém de retratar tal cotejo, mister destacar a formulação

⁵⁰ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.85.

⁵¹ SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade...*, p.86. Em nota de rodapé de n. 68⁵¹, SILVA analisa as classificações formuladas por autores brasileiros como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, LUÍS ROBERTO BARROSO, CELSO RIBEIRO BASTOS e CARLOS AURES DE BRITO, MARIA HELENA DINIZ E PINTO FERREIRA aludindo a impropriedades ou insuficiências de cada uma delas, em contraposição à tipologia que construiu.

⁵² MIRANDA, Jorge, in *Manual de Direito Constitucional*, t.II, pp.212-223.

⁵³ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio, Forense, 2005, p. 445.

classificatória das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade⁵⁴ de JORGE MIRANDA, no que sobressai:

“Normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas – sendo preceptivas as de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de facto e programáticas aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar”. “Normas constitucionais exeqüíveis e não exeqüíveis por si mesmas – as primeiras aplicáveis só por si, sem necessidade de lei que as complemente; as segundas carecidas de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida;”.

Observa JORGE MIRANDA,⁵⁵ que sobre as normas preceptivas e normas programáticas e ainda as normas exeqüíveis e as não exeqüíveis por si mesmas “não há uma diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projecção no ordenamento. São normas umas e outras jurídicas e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade”.

As normas programáticas, ensina JORGE MIRANDA:

“são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; prescrevem obrigações de resultados, não obrigações de meios; mais do

⁵⁴ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p. 440*, item c) e também à p. 441, item d). Deixamos de debruçarmo-nos sobre as *normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais* por entendermos que não se reportam à eficácia e aplicabilidade, eis que, de acordo com JORGE MIRANDA as primeiras contêm “uma específica regulamentação constitucional, seja a título de normas materiais, seja a título de normas de garantia, e reportando-se estas a outras normas constitucionais para certos efeitos (como as normas sobre revisão constitucional ou as disposições transitórias).

⁵⁵ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p. 441*.

que comandos-regras explicitam comandos-valores; conferem ‘elasticidade’ ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou *quaisquer* cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”.⁵⁶

Contudo, alerta JORGE MIRANDA “nenhum desses traços definidores (...) briga com a juridicidade das normas programáticas: nem a eficácia diferida ou a elasticidade queridas pelo legislador constituinte – porque a dimensão *prospectiva* (CANOTILHO) é também uma dimensão do ordenamento jurídico, pelo menos no Estado social e pelo menos de certas Constituições; (...) nem mesmo a “indeterminação – pois, segundo os cânones de interpretação, o que importa é a determinabilidade dos conceitos”.⁵⁷

Revedo posição anterior, MIRANDA entende “que a distinção entre normas preceptivas e as programáticas é inerente ao Estado social de Direito e à democracia pluralista; e que ela confere maleabilidade a adaptabilidade ao sistema. Mais: admitimos até, dentro de certos limites, variações de estrutura das normas consoante as Constituições, os tempos históricos e as circunstâncias dos países”.⁵⁸

Ressalta MIRANDA, ainda, que muito embora haja uma sobreposição na classificação das normas constitucionais em preceptivas e

⁵⁶ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.442.*

⁵⁷ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, pp.442-3.*

⁵⁸ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.443.*

programáticas e a classificação em exeqüíveis e não exeqüíveis por si mesmas, elas não se confundem, eis que “entre as normas preceptivas e as programáticas a diferenciação se situa na interacção com a realidade constitucional – susceptível ou não de ser, só por força das normas constitucionais, imediatamente conformada de certo modo – entre as normas exeqüíveis e as normas não exeqüíveis o critério distintivo está nas próprias normas e vem a ser a completude ou incompletude destas”.⁵⁹

Em última *ratio* o que caracteriza as normas não exeqüíveis é a necessidade de edição de legislação ulterior. E mais, “todas as normas exeqüíveis por si mesmas podem considerar-se preceptivas, mas nem todas as normas preceptivas são exeqüíveis por si mesmas. Em contrapartida, as normas programáticas são todas (ou quase todas) norma não exeqüíveis por si mesmas”.⁶⁰

E avança JORGE MIRANDA, ensinando:

“Quer as normas programáticas quer as normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexas autolimitação e pela necessidade de concretização, e não só de *regulamentação* legislativa. Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exeqüíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais.”⁶¹

⁵⁹ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.443.*

⁶⁰ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.444.*

⁶¹ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.444.*

E prossegue, ressaltando a maior liberdade de conformação de que goza o legislador perante as normas programáticas, já que sua concretização somente se exige quando se verificarem os pressupostos de fato (especialmente econômicos e sociais). O mesmo não se passa com as normas preceptivas não exeqüíveis, que “deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; (...)”.⁶²

Já com relação às normas exeqüíveis por si mesmas, “os comandos constitucionais actualizam-se só por si; nas norma não exeqüíveis preceptivas, aos comandos constitucionais acrescem as normas legislativas; e nas normas não exeqüíveis por si mesmas programáticas tem ainda de se dar uma terceira instância – a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos econômicos sociais e culturais subjacentes à Constituição”.⁶³

Ao final e ao cabo, JORGE MIRANDA propõe uma classificação alternativa, livre de sobreposições, e correspondente a “sucessivos graus de efectividade (ou eficácia) intrínseca das normas: 1) normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas; 2) normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas; 3) normas programáticas”.⁶⁴

E então, ao confrontar com a tríplice classificação de SILVA, conclui que as normas de eficácia plena de SILVA correspondem às normas exeqüíveis; “as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem *grosso modo* às normas preceptivas não exeqüíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. (...) E as normas de eficácia contida, entende JORGE MIRANDA que bem podem reconduzir-se às normas preceptivas”.⁶⁵

⁶² MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.444.*

⁶³ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p. 444.*

⁶⁴ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p. 445.*

⁶⁵ MIRANDA, Jorge in *Teoria do Estado e da Constituição, Rio, Forense, 2005, p.445.*

É possível realmente compreender-se de tal forma. Todavia, parece-nos que a classificação da norma constitucional em *contida*, ou seja, aquela cuja aplicabilidade é direta e a eficácia imediata, porém, possivelmente não integral – eis que pode vir a ser restringida pelo legislador, *vg* art. 5º, XIII (“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”), oferece um grau de eficácia e aplicabilidade diverso das normas preceptivas, cuja “eficácia é incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de facto”⁶⁶, nada dizendo o ilustrado autor quanto às restrições jurídicas ulteriores impostas pelo legislador.

Assim, perfilhamo-nos à classificação de SILVA, quanto à contribuição da tipologia das normas constitucionais de eficácia contida, na taxionomia das normas constitucionais, que quanto ao mais, convergem as classificações propostas por ambos os renomados doutrinadores.

Capítulo II - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: *concepções. Classificações, interconectividade, catálogo, atipicidade, dimensões dos direitos fundamentais e estrutura das normas constitucionais de direitos sociais.*

1 – Concepções de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. *Classificação dos Direitos Fundamentais: os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais. Interconectividade ou integração dos direitos fundamentais.*

PÉREZ LUNO, diz que, ao se interrogar ao cidadão médio sobre o que se entende por direitos humanos, na maioria dos casos se dirá que “esta cuestión es supérflua, por la pretendida evidencia que cada ser humano tiene de sus propios derechos”. Em tradução livre, pode se entender que a expressão “direitos humanos” já no século XVIII apresentou-se como critério

⁶⁶ MIRANDA, Jorge, *in Teoria do Estado e da Constituição*. p. 440.

inspirador e medida de todas as instituições jurídico-políticas a partir do segundo pós-guerra mundial erigiu-se em idéia guia da doutrina e *práxis* política, contudo com o alargamento do âmbito do uso do termo “direitos humanos” seu significado foi-se tornando mais impreciso, com uma perda gradual de seu significado descritivo de determinadas situações ou exigências jurídico-políticas, na mesma medida em que sua dimensão emocional foi ganhando terreno.⁶⁷

Destaca o autor, a equivocidade do termo “direitos humanos”, que tem sido empregado com muitas diversas significações e com indeterminação e imprecisão (vaguidade) notáveis.⁶⁸

Diante da significação heterogênea da expressão “direitos humanos”, detecta PÉREZ LUNO três definições: a) *tautológica*, pela qual “os direitos do homem são os que correspondem ao homem pelo só fato de ser homem”; b) *formal*, sem especificação de conteúdo, limitando a afirmar que direitos do homem são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens, e dos quais nenhum pode ser privado; c) *teleológicas*: as que apelam a certos valores últimos, suscetíveis de diversas interpretações, *v.g.* “os direitos

⁶⁷ PÉRES LUNO, Antonio Enrique *in Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 23-24.

⁶⁸ PÉRES LUNO, Antonio Enrique *in Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p25. “Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la Idea de los derechos humanos nace con la afirmación cristiana de la dignidad moral del hombre em cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar que <<da primera aparición de la Idea de derechos del hombre [...] tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas”. E prossegue: “Unas veces se considera que los derechos humanos son el fruto de la afirmación de los ideales iusnaturalistas; en tanto que em otras se considera que los términos <<derechos natureles>> y <<derechos humanos>> son categorías que no se implican necesariamente, o, incluso, entre las que antes de uma continuidade existe una alternativa. De outra parte, es muy corriente sostener que los derechos humanos son el producto de la progresiva afirmación de la individualidade”.

do homem são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social ou para o desenvolvimento da civilização”.⁶⁹

Sem embargo, o autor apresenta a seguinte definição de direitos humanos, em tradução livre: “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”.⁷⁰

Também a questão terminológica entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, tem ocupado a doutrina, sendo oportuno salientar nossa opção pela designação de *direitos fundamentais* assim concebidos aqueles direitos essenciais ao ser humano e que se encontram positivados nas Constituições, observada a relação espaço/tempo, e de que se ocupa de sua teorização o Direito Constitucional.

Segundo entendemos, a designação *direitos humanos* invariavelmente compõe a terminologia usada no âmbito do Direito Internacional, onde os Direitos Humanos têm pretensões de universalidade e ainda, pela filosofia do direito, sociologia do direito e outros campos das ciências ou conhecimento humano que não propriamente o Direito Constitucional.⁷¹

Contudo, sublinhe-se, todos convergem (ou devem convergir) para os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

⁶⁹ PÉRES LUNÓ, Antonio Enrique *in Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 27.

⁷⁰ PÉRES LUNÓ, Antonio Enrique *in Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p.50 “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

⁷¹ No mesmo sentido, dentre outros: MIRANDA, JORGE, *in Manual e VIEIRA ANDRADE, JOSÉ CARLOS, in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, outubro de 2007. Em sentido diverso: OTERO, PAULO *in Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Almedina, Coimbra, setembro de 2007. Quanto à característica de universalidade dos direitos ver especialmente PÉREZ LUNÓ, Antonio Enrique *in La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 205 e ss.

Os direitos humanos têm como uma de suas características a historicidade, pelo que, sua aquisição se faz de modo histórico, acompanhando a evolução da humanidade.

Assim é que os direitos de liberdade (civis e políticos) reportam ao Estado Liberal do período das revoluções burguesas (em especial em França no século XVIII) em que se conquistou a garantia da não-intervenção estatal (abstenção) sobre tais direitos. São também denominados direitos negativos em oposição aos direitos de ação que são direitos designados positivos e que impõem um *facere* ou *dare* ao Estado.⁷²

Já os direitos de ação são contemporâneos à formação da sociedade de massa em que os direitos conquistados referem à vivência em uma sociedade urbana e remetem ao ideal de igualdade no sentido de igualdade de acesso aos bens jurídicos e exigem uma atuação do Estado no nível de assegurar direitos próprios de tais necessidades, como direitos à moradia, ensino, saúde, segurança social, dentre outros, de índole de uma prestação jurídica (nomativa- organizativa) e material (disponibilização de bens materiais). São por isso também designados por *direitos prestacionais em sentido estrito*. A contraposição são os direitos prestacionais em *sentido amplo*, quais sejam, os direitos aos procedimentos jurídicos e organizativos e direitos de participação na organização do sistema de direitos de ação ou a prestações.

Contudo, há evidente conectividade ou conexão entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Os direitos de liberdade também dependem em grande parte de prestações do Estado, especialmente normativas e organizacionais (*v.g.* segurança pública). Por outro lado, há direitos sociais que exigem uma abstenção do Estado (*v.g.* livre iniciativa à escolha do trabalho).

Para ALEXANDRINO, “é hoje relativamente consensual a não identificação entre direitos fundamentais sociais e direitos a prestações, do mesmo modo que não seria menos grosseira a identificação dos direitos,

⁷² As expressões estão à p. 103 de MIRANDA, Jorge, *in Manual...* p. 103.

liberdades e garantias com os direitos negativos ou de defesa. Desde logo porque o conceito de direitos a prestações é um conceito alargado, em que podem naturalmente reentrar distintas classes de posições jurídicas, que não apenas direitos fundamentais sociais (entre as quais, os direitos à protecção ou os direitos à organização). Em segundo lugar, porque, mesmo junto dos direitos de liberdade, são concebíveis (a título auxiliar e instrumental e até a título principal) componentes positivas e pretensões a prestações”.⁷³

Daí evidente a integração entre os direitos de liberdades e os direitos sociais, sendo sua interconectividade destacada pela unanimidade da doutrina.

2 - *Catálogo constitucional de direitos fundamentais e a abertura a novos direitos: as cláusulas abertas ou de não-tipicidade. Fundamentalidade.*

As Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos plasmaram um *feixe de direitos fundamentais*, incluindo *catálogos* de direitos individuais e coletivos de liberdades e direitos sociais, económicos e culturais, e ainda outros direitos fora dos catálogos, de forma expressa, como os direitos ao meio ambiente (difusos) ou de forma implícita como veremos a seguir.

VERGOTINNI, em tradução livre, ressalta que a “*disciplina dos direitos* se contém principalmente no texto das Constituições ou às vezes nos atos substancialmente constitucionais com uma denominação diversa. Historicamente, figuram atos como as “declarações de direitos” do período da Revolução Francesa de 1789 e as cartas de direitos das colónias inglesas da América do Norte (*Bills of Rights*) de 1776.”⁷⁴

⁷³ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 234.

⁷⁴ VERGOTTINI, Giuseppe de, in *Derecho Constitucional Comparado*, SEPS Secretariado Europeo per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, pp. 153-4. Esses atos, prossegue o autor, “proclamam de forma solene os direitos considerados naturais, como a propriedade, a liberdade pessoal, a segurança, a resistência à opressão, que precederam o *Bill of Rights*”

ALEXANDRINO põe em relevo o sentido da existência de um catálogo detalhado de direitos sociais, tendo em vista a distinção que a CRP faz quanto à natureza desses direitos e dos direitos, garantias e liberdades. E afirma que o sentido é antes de tudo político, servindo para lembrar ao legislador, politicamente legitimado na sua qualidade de principal destinatário desses direitos, a “imposição permanente de justiça social e bem-estar pretendida pela Constituição e o *patamar* por ela requerido para o desfrute, em termos de igualdade de oportunidades e de condições para o desenvolvimento da personalidade de cada um, de todos os demais direitos fundamentais”.⁷⁵

Mas não é só político, é também jurídico (...) e “*projecta* ao nível do texto constitucional o modelo de sociedade bem ordenada imaginada pelo constituinte, que obriga *pelo menos* à imposição de políticas públicas com ele condizentes e que envolve *pelo menos* um segmento da proibição de recriar omissões inconstitucionais”.⁷⁶

Também as constituições contemporâneas prescrevem a integração ao ordenamento constitucional ou à ordem jurídica infra-constitucional de outros direitos decorrentes dos próprios princípios por ela adotados⁷⁷ ou direitos análogos aos de liberdade⁷⁸ ou ainda decorrentes de

inglês, de 1689, que ratificou os direitos tradicionalmente garantidos ao cidadão no marco da *Common Law*. Correntemente as declarações e os *Bill os Rights* aparecem como preâmbulo da Constituição (vg Constituição Canadense de 1960), porém, podem ser posteriores à Constituição, como nas emendas incorporadas a partir de 1789 à Constituição Americana de 1789. Ou ainda, como em França, em que o Conselho Constitucional francês considerou parte integrante da Constituição os direitos enunciados pela Declaração de 1789 através do reenvio realizado pelo preâmbulo da Constituição de 1958”.

⁷⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 224.

⁷⁶ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 224-226: “eis que, ao “ocupar um espaço próprio na estrutura constitucional, além de concretizar e qualificar um tipo de Estado juridicamente legitimado a intervir – e daí um importante efeito ao nível do reconhecimento de uma eventual liberdade geral de acção – na configuração da vida económica e social, pode incluir um conjunto de garantias pontuais, obriga à institucionalização e organização, impõe determinados modelos de cooperação, participação e integração e, no final, fixa a *direcção* da concretização arquetípica do princípio do Estado social”.

⁷⁷CF/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

acordos, convenções ou tratados de que sejam os respectivos Estados signatários⁷⁹.

Tratam-se dos direitos fundamentais que ingressam na ordem jurídica por meio das *cláusulas abertas* ou de *não tipicidade* dos direitos fundamentais. Respectivamente, no direito brasileiro por meio da previsão constitucional do art. 5º § 2º, CF e no direito português pela prescrição do artigo 16º/1, CRP, que consagram a abertura constitucional a novos direitos fundamentais provenientes de outras fontes, em especial os tratados e convenções e declarações internacionais de direitos, ressaltando que o catálogo constitucional (ou os catálogos) não é taxativo.

Acresça-se que no direito português, além do regime específico dos direitos, liberdades e garantias e do regime específico dos direitos sociais, econômicos e culturais, e ainda do regime do direito dos trabalhadores, a CRP prevê os *direitos análogos* aos direitos, liberdades e garantias, atribuindo-lhes o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias (diverso do regime dos direitos sociais, econômicos e culturais, a teor do art. 17º, CRP).⁸⁰

JORGE MIRANDA entende que, por ser Portugal um Estado *social* de Direito, podem os direitos sociais (econômicos e culturais também) serem acrescidos aos que já se encontram prescritos constitucionalmente, mormente como medida de solidariedade, promoção das pessoas e correção das desigualdades. Exemplifica invocando o art. 74º/2, a), CRP, que prescreve a incumbência do Estado em assegurar o *ensino básico universal, obrigatório e*

⁷⁸ CRP/76, art.17: “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.”

⁷⁹ CRP/76, art. 16º, n.1: “Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direitos internacional.” E também, CF/88, art. 5º, § 2º, acima transcrito.

⁸⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge, in Manual de Direito Constitucional ..., p. 145 “no domínio dos direitos fundamentais, encontram-se dois níveis de regimes: a) regime comum a de todos os direitos fundamentais – os direitos de liberdade e os direitos sociais – e, bem assim, comum a todos os direitos previstos na ordem jurídica portuguesa; b) regime específico dos direitos, liberdades e garantias, por uma banda, e regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, por outra banda”.

gratuito, sendo que tem-se verificado um alargamento da duração do ensino básico desde a vigência da Constituição/76.

Todavia, alerta para o problema real que se verifica quando da criação ou atribuição de novo direito e suas implicações sobre os já existentes, já que, nenhum direito é absoluto ou ilimitado e cada novo direito tem que coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade do sistema. E assim, apenas alguns direitos podem ser considerados fundamentais: “são aqueles que por sua finalidade ou *fundamentalidade*, pela conjugação com direitos fundamentais formas, pela natureza *análoga* à destes (cfr. Ainda o art. 17º.), ou pela sua decorrência imediata de princípios constitucionais, se situem a nível da Constituição material”.⁸¹

3- A *dupla-dimensão* dos direitos fundamentais: *objetiva* e *subjativa*

Os direitos fundamentais têm *dupla dimensão* (i) são *direitos objetivos* - eis que, para além de estarem *positivados* na ordem jurídica e como tal geram um dever estatal de proteção e promoção e vinculam os poderes públicos - pertencem a *toda a coletividade* e (ii) constituem ainda *direitos subjetivos*, titularizados individualmente e sindicáveis perante os poderes públicos e particulares e ainda justiciáveis, ou seja, exigíveis perante o poder judicial.

Essa dupla perspectiva: direitos fundamentais como direitos subjetivos e por outro lado como elementos objetivos fundamentais da comunidade é, sem dúvida, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.⁸²

⁸¹ MIRANDA, Jorge *in Manual de Direito Constitucional ...*, pp. 166-168.

⁸² Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang *in A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 142-151;

A fundamentalidade objetiva, que demonstra a importância das normas jusfundamentais para o sistema jurídico, também comporta uma dupla percepção: formal e material, segundo ALEXY: (i) a *fundamentalidade formal* resulta de sua posição no topo da estrutura escalonada do ordenamento jurídico enquanto direito diretamente vinculante para a legislação, para o poder executivo e para o poder judicial; (ii) a *fundamentalidade material* reside no fato de que as normas jusfundamentais representam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.⁸³

A dimensão subjetiva, que à partida é aquela que maior complexidade confere à problemática dos direitos fundamentais sociais, e que norteia e perpassa todo o presente ensaio, sustenta-se em dois argumentos com base em ALEXY: (i) a finalidade precípua dos direitos fundamentais reside na proteção do indivíduo e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos; (ii) argumento de otimização ou de caráter principiológico dos direitos fundamentais, pelo qual, o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.⁸⁴

A proteção dos direitos individuais dá-se sob a forma de direito subjetivo (CANOTILHO), justificado o valor outorgado à autonomia individual como expressão da dignidade humana (ANDRADE) muito embora, acrescenta SARLET, a “presunção em favor da perspectiva subjetiva (individual) não exclui a possibilidade, inclusive reconhecida pela nossa Constituição, de atribuir-se a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos, que todavia, e em que pese a distinção entre as noções de pessoa e

⁸³ ALEXY, Robert *in Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Dentro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997, pp. 503-506.

⁸⁴ ALEXY, Robert *in Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997, pp. 506 e ss.

indivíduo, gravitam, em última análise, em torno da proteção do ser humano em sua individualidade”.⁸⁵

4 – A *estrutura* das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais.

Se não há uma diferença de natureza entre as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais de liberdade, como vimos, pode haver entre elas e as normas de direitos sociais uma diferenciação de *estrutura*. Tal depende de como os direitos sociais são positivados na Constituição, isto é, como tais normas foram configuradas pelo constituinte e daí como elas se projetam no ordenamento jurídico. A variação depende do momento histórico e das circunstâncias fáticas - sociais, políticas, econômicas, culturais - e ainda do tipo de Constituição elaborada.

Os direitos de liberdade, por conterem impedimento de indevida intervenção na autonomia privada, e portanto impõem uma abstenção estatal -com as ressalvas já feitas quanto à interconectividade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, eis que os primeiros também demandam uma organização e estrutura estatal/administrativa para o exercício de muitos desses direitos, *vg*, no que respeita ao processo eletivo - são inscritos, invariavelmente, em normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata, sem qualquer necessidade de intermediação legiferante.

Já as normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais são plasmadas nas constituições, sobretudo, com *caráter aberto* (aqui não no sentido de atipicidade, mas de configuração aberta, principiológica, incompleta, com baixa densidade jurídica), dependentes para sua efetivação da concretização legislativa, administrativa ou, em última *ratio*, judicial. Em suma,

⁸⁵ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang *in A Eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 142-151;

dada a sua maior incompletude dependem da conformação do intérprete constitucional para serem aplicadas.⁸⁶

São essencialmente normas constitucionais de *aplicabilidade indireta ou mediata e de eficácia reduzida* ou ainda, *normas de eficácia contida*, de aplicabilidade direta e imediata, todavia, possivelmente *não-integral*, pela *restrição* que tais normas podem sofrer quando integralizadas, sobrevivendo lei⁸⁷.

É de salientar, contudo, que todas as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, inclusive as veiculadoras de direitos sociais, possuem *eficácia mínima ou negativa*, que impede que o legislador aniquile o *núcleo ou conteúdo essencial* do direito fundamental.

Por outro prisma, o constituinte pode ainda inscrever tais direitos como programas e metas por meio das denominadas normas *programáticas* (não *meramente* programáticas⁸⁸) a serem atingidos pelo estado e pela sociedade, por meio da formulação, implementação e execução de políticas públicas. É o que ocorre com muitas normas da CF/88 acerca do direito à saúde, educação, previdência social, dentre outros.⁸⁹ Nada obstante tais

⁸⁶ Há, contudo, normas de direitos fundamentais sociais formuladas pelo constituinte com densidade jurídica e completude suficientes o que as fazem normas imediatamente aplicáveis. Confira no seguinte julgado do STF acerca da gratuidade do transporte coletivo para idosos: ADI 3768 / DF - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA . Julgamento: 19/09/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno -Publicação:DJE-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007.DJ 26-10-2007. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

⁸⁷ Ou normas não exeqüíveis por si mesmas, na terminologia adotada pelo Professor Jorge Miranda.

⁸⁸ Referimo-nos às normas *meramente* programáticas aquelas da superada doutrina italiana de AZZARITI, Gaetano, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, ou seja, normas de cunho meramente político destituídas de qualquer eficácia jurídica.

⁸⁹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado,

direitos comporem o catálogo de direitos sociais (art. 6º, capítulo II, Título II, dos Direitos e Garantias Constitucionais, CF/88), o são “na forma da Constituição”.

É de se ressaltar, por oportuno, que a CRP/76 positivou de forma diversa os direitos de liberdades e os direitos sociais. Com efeito, há uma *diferença expressa de regime* para os direitos de liberdade e para os direitos sociais. É o que prescreve o art. 17º: “*O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga*”.

Corroborando tal distinção, o art. 18º/1, da CRP, que trata da força jurídica dos preceitos de direitos fundamentais, prevê que: “*1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*”

É preciso ressaltar, contudo, que a doutrina e mesmo a jurisprudência do Tribunal Constitucional português vêm aproximando os dois regimes: o regime específico de direito fundamental dos direitos e liberdades - aplicáveis também aos direitos que lhe sejam análogos -, do regime aplicado aos direitos sociais.⁹⁰

Vê-se que do enunciado do art. 18º/1,CRP têm-se um “importante esteio para a autonomização do conjunto formado pelos direito, liberdades e garantias e para a definição de alguns dos mais relevantes traços jurídicos constitucionais. Todavia, ressalva, que em face da leitura do artigo 17,CRP,

garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

⁹⁰ Cfr. ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 216, que há na doutrina portuguesa três grupos de orientações: “teses *absolutizadoras* da contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais; teses *negadoras* de uma distinção entre esses dois tipos de direitos; e teses *intermédias* ou *relativizadoras*”.

pelo qual os elementos do regime desses direitos podem ser estendidos a outros direitos, resulta “não ser afinal tão nítida e cortante a autonomia desse conjunto”.⁹¹

Destacando um conjunto de postulados acerca dos direitos sociais,⁹² ALEXANDRINO ressalta que de todos os traços característicos dos

⁹¹ ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 198-9.

⁹² ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, pp. 200-210: “(i) Os direitos económicos, sociais e culturais, embora mergulhem as suas raízes numa arraigada tradição nacional, constituem uma expressão qualificada e historicamente situada (correspondendo a uma nova escala de objetivos e funções) do Estado Social, ou, segundo a locução da CRP, do Estado de Direito democrático, que justamente constitui uma *versão específica* do Estado social, tendo, também eles, como *telos* fundamental a consecução da justiça social e do bem-estar (a que podem ser dadas outras designações) e com base específica na Constituição portuguesa a *idéia*, princípio ou valor da solidariedade, cuja organização envolvem; (ii) Os direitos económicos, sociais e culturais constituem um tipo de direitos constitucionais fundamentais positivados em normas constitucionais vinculativas, assistidos de formas variáveis de protecção jurídica e dotados de uma multidimensional relevância jurídica; (iii) os direitos económicos, sociais e culturais integram realidades díspares e heterogêneas, acomodáveis na generalidade das classificações dos direitos fundamentais, sendo, por sua vez, susceptíveis de ulteriores subdivisões, mormente, à luz de critérios como os do respectivo substracto material, do carácter prestacional (ou não prestacional), do carácter originário (ou não originário) da prestação, do carácter *prima facie* ou definitivo, abstracto ou concreto, compreensivo ou analítico, da assistência de uma específica tutela jurisdicional, do carácter estatuído ou adscrito, etc.; (iv) Heterogêneas são ainda as respectivas normas consagradoras, que – revestindo estruturalmente, como as demais, a qualidade de regras ou de princípios – tanto podem ser normas de cunho programático (nas suas diversas formas de constitucionalização, especialmente nas vestes de normas-programa, de normas-fim e de normas-tarefa), ou outras normas (princípios ou regras) constitucionais impositivas (imposições constitucionais concretas), como normas constitucionais preceptivas (exeqüíveis e não exeqüíveis por si próprias) e que tanto podem ser expressas como implícitas ou adscritas; (v) Positivamente configurados na Constituição, como os demais, na sua dupla qualidade de princípios e de realidades jurídicas multidimensionais e complexas (e não imediatamente como posições jurídicas prototípicas), também em cada um dos direitos económicos, sociais e culturais se podem detectar vários tipos de normas, vários tipos de posições (ou outras garantias jusfundamentais ou pretensões) e vários tipos de relações entre tais normas e posições; (vi) Em termos constitucionais positivos, o recorte da distinção entre a categoria dos direitos económicos, sociais e culturais e a dos direitos, liberdades e garantias deve ser previamente operado numa perspectiva ampla (como a do direito fundamental como um todo ou da dimensão principal), que tenha justamente em conta a forma como nos surgem essas situações jurídicas *compreensivas*; (vii) Em consequência, a esse nível, não parece ser logicamente possível: (1^o) uniformizar a qualidade, densidade e a natureza jurídica das respectivas posições de vantagem; (2^o) afirmar ou recusar o seu indistinto carácter de direitos subjectivos (de direitos subjectivos públicos, de direitos condicionados, de pretensões, etc.), a menos que de um conceito abstracto e geral ou de um não-conceito se trate; (3^o) determinar a que regime estarão globalmente sujeitos; (viii) Respostas que, ao invés, só em resultado das diferenciações necessariamente resultantes do trabalho analítico poderão ser conseguidas, mediante: (1) a fixação conceptual, caso a caso, do objecto de protecção e dos deveres e imposições constitucionais associados; (2) a identificação e a qualificação jurídica de cada uma das posições (garantias ou pretensões) amparadas pelo enunciado jusfundamental ou que sejam por ele pressupostas em termos da relação meio/fim; (3) a identificação das eventuais

direitos sociais, revela acrescida aceitação, ao lado da dependência de tais direitos da “reserva do possível”, a característica da *determinabilidade constitucional do conteúdo*. Sendo reconhecido o caráter de *condicionante sistêmica* (CANOTILHO).⁹³

Todavia, esse traço, por si só, não soluciona a questão, já que há mesmo normas de direitos, liberdades e garantias dependentes de conformação legislativa. Assim, adere ao contributo de NOVAIS, que parte de critérios de estrutura da relação jurídica entre o cidadão e o Estado e da natureza da relação entre o titular e o bem protegido constitucionalmente para eleger dois critérios estruturais: << o critério da determinabilidade e o critério da natureza dos condicionamentos que afectam a realização dos direitos fundamentais pelos poderes públicos>>, chegando ao seguinte resultado: há direitos que, por serem fáctica e juridicamente realizáveis, cuja observância depende apenas da vontade política do Estado e há direitos que dependem de factores que o Estado em grande medida não domina. Estes últimos, os direitos sociais “não constituem na esfera jurídica do titular um espaço de autodeterminação no acesso ou fruição de um bem jurídico, mas antes uma pretensão, *sob reserva do possível*, a uma prestação estatal, de conteúdo indeterminado e não directamente aplicável, sendo o correspondente dever que é imposto ao Estado de realização eventualmente diferida no tempo”.⁹⁴

E põe em relevo, ainda, que a procura por critérios de distinção não pode ser mais importante que a busca do significado da diferenciação

dimensões do direito fundamental susceptível de uma determinação mínima de conteúdo; (ix) Em todo caso, pode afirmar-se que, em regra e no actual estágio de desenvolvimento de uma dogmática aplicada, na generalidade das normas de direitos económicos, sociais e culturais da CRP (pese a declarada intencionalidade de situarem um direito fundamental no plano existencial do cidadão, e afastados já os quesitos da auto-exequibilidade e da justiciabilidade), por não conferirem, no momento originário, directamente, ao respectivo titular um poder de exigir que seja imediatamente exequível e independente de uma opção do legislador, predomina a dimensão objetiva (de imposições legiferantes) sobre a dimensão subjectiva, predominam as funções programática e harmonizadora sobre a função de fundamento de pretensões.”

⁹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias” in BFDC, volume comemorativo (2003), p. 793-814.. P. 805.

⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis, in *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003 pp. 126-132.

entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, conjecturando que a Constituição portuguesa, talvez para compensar a sobrecarga dos direitos sociais apostou-se no aprofundamento mais do que na relativização da distinção. Toma como vetores dessa reflexão os pontos nucleares que emergiram na formação da Constituição: “a expressão do primado dos direitos, liberdades e garantias e a diferente recondução estrutural dos dois tipos de direitos”. Acrescentando ainda, que com a supressão do artigo 50º na Revisão Constitucional de 1982, a distinção perdeu o carácter absoluto que inicialmente apresentava, ao mesmo tempo que se operava a ‘adaptação não convencional’ ao nível dos elementos de base, que deixaram de ser o princípio socialista e o princípio da transformação para se converterem no princípio da solidariedade e no elemento teleológico da realização econômica, social e cultural”.⁹⁵

JORGE MIRANDA, alerta que os direitos, liberdades e garantias englobam “direitos de diferentes conteúdo, de variável estrutura e passíveis de diversa concretização ou realização” e englobam (...) “direitos negativos ou direitos a omissões, e direitos positivos ou direitos a comportamentos, sejam dos próprios sujeitos (...), sejam de outrem”. E mais: “quanto a algumas liberdades, exigem-se prestações positivas ou ajudas materiais, sem as quais se frustra o seu exercício”, exemplificando com a liberdade de imprensa que “implica o assegurar pela lei dos meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econômico (...)”.⁹⁶

“Algo semelhante se verifica (...) no domínio dos direitos sociais”, continua MIRANDA, ressaltando que tenham tais direitos como sujeitos passivos “principalmente o Estado e outras entidades públicas, também não são indiferentes a entidades privadas; também requerem (ou chegam a exigir) uma colaboração por parte dos particulares daí as estruturas e, por vezes, inclusive, direitos de participação (...)”. E, porque nos direitos, liberdades e garantias “se recorta uma dimensão positiva, também nos direitos sociais se

⁹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, pp. 241-2.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* Vol. IV, pp. 106-111.

encontra, pois, uma dimensão negativa” e daí a “interconexão de liberdades e direitos sociais”.

Revela MIRANDA, que os direitos, liberdades e garantias estão consignados em “normas constitucionais preceptivas e exeqüíveis por si mesmas”, outras porém “provêm de normas não exeqüíveis e o seu cabal exercício exige lei mediadora (...) do tipo normativo”. Ao contrário, os direitos sociais estão contempladas quase sempre em “normas programáticas (...) que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações econômicas, sociais, administrativas ou outras; e daí inevitáveis conseqüências quanto à sua realização”.⁹⁷

Os direitos e garantias têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável pela Constituição, já os direitos sociais têm seu conteúdo determinado, em alguma medida pelo legislador ordinário no âmbito das opções que lhe asseguram sua função conformadora, o que não significa uma não-vinculação à Constituição ou uma não-sindicabilidade judicial dos direitos sociais, eis que a “integração dos preceitos constitucionais e legais permite configurar os direitos, em cada tempo histórico, como uma única realidade jurídica”.⁹⁸

Capítulo III – Aplicabilidade das normas de direitos sociais: *maximização de eficácia, vinculação dos poderes públicos e cláusula da reserva do possível.*

1 - *Cláusula de maximização ou otimização de eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação dos poderes públicos. A vinculação do legislador aos direitos sociais e o princípio da liberdade de conformação.*

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* vol. IV, pp. 112-113: “Imbricada como está com a vida econômica e social – e esta avaliável sempre no âmbito do contraditório político – a realização dos direitos sociais aparece, por conseguinte, indissociável da política econômica e social de cada momento (ao passo que a realização dos direitos, liberdades e garantias dir-se-ia, *prima facie*, actividade eminentemente jurídica)”.

⁹⁸ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* vol. IV, pp. 113-114.

Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 contém uma cláusula de otimização ou de máxima eficácia dos direitos fundamentais, pela qual, tais direitos devem ser interpretados buscando uma realização ótima da norma, com especial aplicação às normas constitucionais de direitos sociais, que são dependentes de integração, sobretudo legislativa, para terem aplicabilidade (normas de eficácia limitada ou reduzida).

A cláusula de aplicabilidade direta dos direitos e liberdades fundamentais inscrita no art. 5º § 1º, CF (“*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”), conforme entendimento da doutrina majoritária que perfilhamos, aplica-se aos direitos fundamentais sociais como postulado de maximização de tais direitos, no sentido da máxima realização possível dos direitos sociais. Esse *mandado de otimização*⁹⁹ do postulado da maximização dos direitos fundamentais também se traduz em vinculação dos poderes públicos – legislativo, executivo (administração e governo) e judiciário - à sua efetivação.

Por serem dependentes, na sua esmagadora maioria, de mediação da lei, o legislador detém a primazia na configuração dos direitos fundamentais sociais¹⁰⁰ e ao juiz cabe o controle e em última análise a sua concretização quando não realizada pelo legislador ou não efetivada pelo administrador público ou ainda realizada de forma inadequada ou insuficiente.

Também a CRP/76 contém cláusula expressa de aplicabilidade direta e de vinculatividade dos poderes públicos aos direitos fundamentais no art. 18º/1, transcrito no subitem acima.¹⁰¹

⁹⁹Ou *mandato de otimização* na expressão usada por ALEXY para designar os princípios constitucionais.

¹⁰⁰ Como se sabe, ALEXY denomina os direitos sociais dependentes de lei de *direitos derivados* da constituição reservando para os direitos diretamente aplicáveis a designação de *direitos originários*. É de ressaltar ainda o entendimento de MIRANDA, Jorge, in *Manual...*, p. 397 acerca da *integração dinâmica das normas constitucionais e das normas legais: os direitos sociais só são plenamente atuantes como direitos derivados a prestações*.

¹⁰¹ Merece destaque ainda, a expressa previsão constitucional na CRP/76 de *leis restritivas de direitos fundamentais*, como se vê na prescrição do art. 18º, 2 e 3: “2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses

Referidas cláusulas conferem uma *dupla eficácia reforçada* aos direitos fundamentais, ou ainda *máxima eficácia interpretativa*, prevalecendo na ausência de lei e ainda contra lei que expressamente os viole, ante sua inconstitucionalidade.¹⁰²

É assim de se ressaltar que a margem de ação do legislador em regulamentar os direitos sociais – decorrente do princípio da liberdade de conformação do legislativo, corolário da separação de poderes republicana – fica vinculada à máxima efetividade desses direitos.

Contudo, é de se alertar que a doutrina aqui perfilada não é unânime, havendo vozes discordantes que convém mencionar.

Com efeito, ao referir à constante invocação de CHRISTIAN STARCK de que “o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais importaria a erosão ou um conflito insolúvel com a cláusula de vinculação (dado que o artigo 1º n. 3, constitui a base em que, contra o que era a tradição, foi construído todo o sistema de direitos fundamentais da *Grundgesetz*)” ALEXANDRINO afirma o só relativo peso que o artigo 18º/1 tem no ordenamento constitucional português, não constituindo a base, mas tão-somente um eixo do sistema de direitos fundamentais português, no que se afasta da Le Fundamental de Bonn. Afasta-se também, por que no que concerne ao estatuto dos direitos sociais, a CRP “não rompe inteiramente com a tradição da não vinculação estrita do legislador (e com a deficiente assistência, também nesses casos, da tutela jurisdicional)”.¹⁰³

Constata mencionado autor, que a CRP pretendeu resolver o dilema subjacente ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais da

constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Tais preceitos inexistem de forma expressa na constituição brasileira, talvez isso explique a criação doutrinária genuinamente brasileira da norma constitucional de eficácia contida (J.A.SILVA).

¹⁰² Cfr. OTERO, PAULO, in *Instituições...* p. 591 e 594.

¹⁰³ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa*, vol. II, A construção Dogmática, pp. 242-243.

seguinte forma: “(i) afirmando que os direitos económicos, sociais e culturais devem ser levados a sério, na sua qualidade de *direitos fundamentais sociais directamente estatuídos*; (ii) deixando claro que esses direitos fundamentais foram *estatuídos em normas constitucionais apenas medianamente vinculativas*; (iii) consentindo na idéia de que o primado dos direitos, liberdades e garantias não preclui a dimensão de *princípios jufundamentais materiais* que necessariamente assiste aos direitos económicos, sociais e culturais”.¹⁰⁴

Afirma, ainda, que “nada nas normas de direitos fundamentais sociais da CRP exclui as suas potencialidades enquanto princípios fundamentais e, desde logo, a afirmação de um dever geral que impende sobre o Estado <<de, tanto quanto possível, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos>> (Reis Novais).¹⁰⁵

Conclui ressaltando que, no sistema da CRP, se por um lado, no plano da afirmação e no âmbito dos direitos sociais, resulta comprimida tanto a liberdade geral como a liberdade de conformação política do legislador, “ao nível das possibilidades de concretização desses direitos (que envolve opções nomeadamente quanto ao âmbito objectivo e subjectivo de protecção, ao grau e às modalidades de protecção), não poderiam deixar de lhe ter sido deferidos o primado e uma reserva quanto à opções de conformação social.¹⁰⁶

E arremata: “o limite dessa reserva de conformação, que não equivale a disponibilidade do domínio dos direitos fundamentais sociais, é precisamente a possibilidade de opção, onde ao legislador já não seja possível optar – e desde que satisfeitos os dois requisitos (1) de não se provar a impossibilidade fáctica de prestação e (2) de não ser afectado o parâmetro da

¹⁰⁴ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 243.

¹⁰⁵ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 246 e Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais*, p. 294.

¹⁰⁶ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 250.

igualdade – aí, prevalece o que deva entender-se como o conteúdo (seja ou não mínimo) jusfundamental social constitucionalmente imposto”.¹⁰⁷

JORGE MIRANDA também alerta para a “adequação das prestações e dos custos dos direitos sociais”, ressaltando que tais direitos num Estado de Direito democráticos são direitos universais, todavia, “ancorados na idéia de uma igualdade real a construir, as incumbências públicas correlativas da sua realização admitem alguma adequação em função das condições concretas dos seus beneficiários”. Assim, um Estado *social* “aceita assumir os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não podem pagar as prestações os mesmos direitos a que têm acesso aqueles que a podem pagar”. E arremata: “a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades nunca é rígida, nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento econômico, social e cultural. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça”.¹⁰⁸

2 - *Cláusula da reserva do financeiramente possível.*

A denominada *cláusula da reserva do financeiramente possível* ou simplesmente *reserva do possível*, surgiu na doutrina e jurisprudência alemãs e espalhou-se pelos ordenamentos jurídicos da Europa continental e da América Latina igualmente pela via doutrinária e jurisprudencial.

Nada obstante, não se há de olvidar que acerca de orçamento e utilização racional e responsável de recursos públicos há, em face do princípio da legalidade estrita a que se submete a administração pública, expressa previsão legal nas ordens jurídicas do Brasil (arts. 165 a 169, CF/88) e de Portugal (arts. 161º, *g* e 227º, n. 1, *p*, CRP/76).

¹⁰⁷ ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, p. 250-251.

¹⁰⁸ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* vol. IV, pp. 394-397.

Por tal cláusula a riqueza produzida por um país (medida pelo PIB – produto interno bruto e outros índices) tem reflexos diretos sobre o orçamento estatal (relação legal entre receitas e despesas públicas), de modo que, na interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais não é possível descurar dos dados econômico-financeiros do Estado, na medida em que tais direitos, para além de exigirem providências jurídicas (normatização, regulamentação, organização e estrutura), exigem prestações materiais, traduzíveis em despesas públicas, para a disponibilização dos bens jurídicos reclamados.¹⁰⁹

De modo que, tal cláusula dirige-se a todos os poderes públicos conformadores e concretizadores dos direitos sociais, que no exercício de suas funções devem sopesar a questão considerando o aspecto da escassez natural de recursos públicos.

Sendo que, como já referido, tem o Poder Legislativo primazia em tal conformação, de forma abstrata e genérica (formulação da lei – *princípio da reserva legal ou reserva de lei*)¹¹⁰; e no caso concreto, em especial tratando-se de ações judiciais individuais ou coletivas reclamando direitos subjetivos, o Poder Judiciário deparar-se-á com a difícil tarefa de concretizar os direitos sociais com prudência ante os apelos de praticar o que se denomina de *micro-justiça*, curando para não se deixar levar pela tentação de colocar-se no lugar

¹⁰⁹ Ou como JORGE MIRANDA, reportando-se a JEAN RIVERO: *o ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível*; ou ainda, referindo CANOTILHO: *a subordinação da efectividade concreta a uma reserva do possível*, in *Manual...*, Tomo IV, Coimbra, 2000, p. 392.

¹¹⁰ “Não é por isso legítima a afirmação de que os direitos fundamentais sociais e as (subseqüentes) pretensões devidas ao cidadão na sua relação com o Estado derivam apenas da lei ou – o que seria dizer o mesmo – aqueles direitos estão abandonados <<à livre disposição das opções políticas do legislador>>: na CRP, o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e dessas (ainda que futuras) pretensões a prestações tem como base uma articulação necessária entre a Constituição e a lei, sendo que a primeira assegura, em regra, um princípio de direito fundamental de conteúdo não imediatamente determinado (e nessa medida insusceptível de constituir objecto de uma pretensão concreta e exigível), cabendo à segunda definir a transformação desses princípios (processo necessariamente móvel e dependente das capacidades sociais de realização, que nunca poderão ultrapassar o confim da capacidade funcional de prestação do Estado) em prestações concretas, subjectivadas e exigíveis. ALEXANDRINO, José de Melo, in op. cit. p. 246.

do legislador e do administrador público, a quem compete, respectivamente, a formulação e execução de políticas públicas.

E é somente na análise do caso em concreto que o poder judicial haverá de ponderar os limites de aplicabilidade da cláusula financeira em face da concretização dos direitos sociais¹¹¹.

Nesse sentido BÖCKENFÖRDE¹¹², para quem os princípios formais da democracia e da separação de poderes destinam-se a proteger a competência do legislador - inclusive em face de investidas desmedidas do controle judicial-, que detém a primazia na configuração dos direitos

¹¹¹ Confira-se no seguinte julgado do STF: RE-AgR 410715 / SP - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-Relator(a): Min. CELSO DEMELLO. Julgamento: 22/11/2005- Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 03-02-2006. E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

¹¹² BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993, p. 153 e ss.

fundamentais sociais e a determinação dos meios orçamentais e financeiros necessárias à realização desses direitos é estrutural à margem de ação legislativa e por isso compete a ele a definição das prioridades políticas e conseqüentemente a formulação das políticas públicas.

A doutrina repudia a que os tribunais arroguem-se poderes sobre o orçamento do Estado, salvo no exercício das competências que decorrem do controlo de constitucionalidade, eis que, fora do limite dos conteúdos constitucionalmente determinados ou impostos, “as opções sobre a afectação dos recursos disponíveis” quer seja para o financiamento dos pressupostos da liberdade, ou à realização da democracia económico-social, “têm de ser deixadas, mas também assumidas pelo legislador democrático, em resultado da existência a seu favor de uma margem estrutural de apreciação inerente à estrutura normativa dos direitos a prestações materiais positivas (ou seja, ‘indeterminabilidade estrutural’ destes)” pois, “na lógica de um sistema de economia aberta, o Estado não tem o efectivo poder de disposição sobre os bens que constituem o objecto das prestações (...), pelo que é sempre ineliminável a componente de ponderação, escolha e composição dos distintos princípios”.¹¹³

Trata-se, pois, de *cláusula restritiva* dos direitos fundamentais sociais ou limite fático e jurídico à sua realização.¹¹⁴ Devendo-se observar uma fundamentação racional e prática que remete ao reconhecimento de uma realidade de, como se disse, de limitação dos recursos públicos, de um lado, e de outro, da vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador e do juiz à realização dos direitos fundamentais de forma mais ampla, benéfica e ainda, ótima.

¹¹³ ALEXANDRINO, José de Melo, in *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina, pp. 247-248.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge, in *Manual...*, p. 392, reportando a STARCK, Christian, fala em “*raridade material do objeto da pretensão como limite real*”.

Desse modo, tem vindo a doutrina a defender que a eficácia dos direitos sociais só pode ser *progressiva*¹¹⁵, ou seja, a concretização de tais direitos deve ser feita paulatinamente, na medida dos recursos públicos disponíveis e das necessidades do caso concreto; ou eficácia *diferida* ou *elastecida*¹¹⁶ sempre no sentido *prospectivo*¹¹⁷, voltado para a prossecução de uma aplicabilidade otimizada dos direitos sociais de acordo com as possibilidades fáticas, já que, *a dimensão prospectiva da eficácia é própria do Estado de Direito Social.*¹¹⁸

Capítulo IV – Colisão entre Direitos Fundamentais, eficácia horizontal dos direitos sociais, limites à revisão das normas constitucionais de direitos sociais e instrumentos constitucionais-processuais de tutela.

1 - *A colisão entre direitos fundamentais: a ponderação.*

Questão que também tem sido alvo constante da doutrina contemporânea é acerca da técnica da *ponderação* entre normas de direitos fundamentais e/ou princípios fundamentais.

Para além do que já se referiu no início desse estudo, nesse momento importa sublinhar que a técnica da ponderação no que respeita aos direitos de defesa (liberdade) contém ainda um *mandado de proibição de excesso* e no que pertine aos direitos sociais um *mandamento de proibição de*

¹¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, in *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 28-39, jan-mar. 2006.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge, in *Manual...*, p. 399.

¹¹⁷ CANOTILHO, Gomes, *Metodologia 'fuzzi' e 'camaleões normativos' na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais, 1996*, in *Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004*.

¹¹⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge, in *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, p. 442. Ou ainda, que as “realizações da democracia econômica, social e cultural exigem a realização progressiva dos direitos económicos, sociais e culturais”, e também in *Manual*, p. 399.

insuficiência (proteção jurídica eficiente e proibição de sobrevalorização ou sobreavaliação dos bens jurídicos em contraposição).^{119 120}

¹¹⁹ Cfr. QUEIROZ, Cristina, in *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 109.

¹²⁰ Sobre colisão de direitos fundamentais e a ponderação dos bens jurídicos confira-se o julgamento do STF acerca do direito fundamental ao meio ambiente: ADI-MC 3540 / DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-Relator(a): Min. CELSO DE MELLO-Julgamento: 01/09/2005-Órgão Julgador: Tribunal Pleno-Publicação-DJ 03-02-2006. **E M E N T A:** MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A

2 - Eficácia e aplicabilidade horizontal dos direitos sociais: eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídico-privadas.

Os direitos sociais têm aplicabilidade também entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas), para além de exigíveis em face dos poderes públicos. Com efeito, no âmbito dos direitos sociais destaque-se no ordenamento constitucional brasileiro o direito ao trabalho, que, dentre outras garantias exigíveis direta (aplicabilidade imediata) ou indiretamente (aplicabilidade mediata, dependente de interposição legislativa regulamentadora) na relação empregador-empregado, protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e prevê indenização compensatória (art. 7º, CF: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de

NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). gn

emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;).^{121 122}

¹²¹ Direitos do trabalhador aplicáveis diretamente, dentre outros: art. 7º XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;”.

¹²² Confira-se o julgado do STF apontando entendimento de aplicabilidade mediata de direito do trabalhador decorrente de Convenção Internacional: ADI-MC 1480 / DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CELSO DE MELLO-Julgamento: 04/09/1997Órgão Julgador: Tribunal Pleno-Publicação:DJ,18-05-2001.E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão

A ordem constitucional portuguesa também contém prescrições acerca do direito ao trabalho, algumas aplicáveis diretamente (art. 59º, 1, a a f) outras dependentes de intermediação de lei (reserva legal – art. 59º, 3: “Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.”) e ainda de políticas

hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em conseqüência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).

públicas para a promoção do emprego e formação cultural e técnica do trabalhador (art. 58º 1 e 2, CRP/76 com a Revisão Constitucional de 1982).

3 - Limites à revisão e à reforma constitucional: os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas.

Os direitos fundamentais constituem limites materiais ao poder de reforma (ou revisão) constitucional, não podendo ser excluídos pelo constituinte derivado. Constituem, na designação de grande parte da doutrina, *cláusulas pétreas* ou *cláusulas de eternidade* ou ainda *cláusulas de intangibilidade*.¹²³

¹²³ Veja-se o acórdão do STF: ADI 2024 / DF -AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE-Julgamento: 03/05/2007-Órgão Julgador: Tribunal Pleno -Publicação-DJ 22-06-2007. EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos - inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É

A CF/88 proíbe emenda constitucional tendente a abolir os *direitos e garantias individuais* (art. 60, § 4º, inciso IV). A doutrina brasileira contemporânea majoritária e que perfilhamos é no sentido de incluir os direitos sociais em tal vedação, pela via da interpretação sistemática, em especial, por se tratar o Estado Democrático de Direito de um Estado de Direitos Fundamentais.

Há prescrição semelhante no texto da CRP/76, contudo de forma menos incisiva, não havendo expressa proibição de emenda tendente a abolir os direitos fundamentais, há sim, *determinação de respeito das leis de revisão constitucional* aos direitos liberdades e garantias dos cidadãos e também dos direitos dos trabalhadores, comissões de trabalhadores e associações sindicais (art. 288º, *d e e*).

Talvez isso explique o motivo pelo qual a doutrina portuguesa, de forma crescente, tem vindo a defender a possibilidade do que se tem designado por *duplo processo de revisão* (ou *dupla revisão*): em primeiro plano ocorre a eliminação de determinação de respeito e num segundo momento a eliminação do direito fundamental propriamente dito. Tal processo, defende autorizada doutrina¹²⁴, permite que a Constituição acompanhe a evolução social e de todo modo, não implica em solapar os direitos fundamentais da

da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. Decisão: O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Plenário, 03.05.2007. gn

¹²⁴ MIRANDA, Jorge, *in Teoria do Estado e da Constituição...*, pp. 417-419: “Assim, continuamos a entender que a natureza do preceito (art. 288º, CRP) é declarativa e não constitutiva (ele declara, não cria limites materiais, estes decorrem da coerência dos princípios constitucionais); que a sua função é de garantia; que respeita a princípios e não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisível; que, de resto, não é a alteração do art. 290º (agora 288º), só por si, que afecta os limites materiais da revisão; o que os afecta é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição; que, sem segundo processo de revisão, observados os requisitos constitucionais de forma, é possível modificar esses mesmos princípios, mas que então não se estará já a fazer revisão, estar-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova Constituição material”.

Carta Maior e sim, autoriza a mudança dos preceitos (das prescrições) com a preservação dos princípios jusfundamentais.

De qualquer modo, trata-se de um tema que demanda, a nosso ver, prudente reflexão, o que não é possível nesse momento em que se traçam breves considerações acerca propriamente da estrutura e aplicabilidade das normas de direitos sociais e não especificamente dos limites à revisão ou reforma da Constituição, com a problematização dos direitos fundamentais, inclusive sociais, como limite ou barreira à mudança formal da Constituição.

Contudo, ainda que os direitos sociais (salvo os dos trabalhadores, correspondentes aos arts. 58º e 59º, CRP) não estejam expressamente arrolados na cláusula de limites materiais da alínea e) do art. 288º, CRP, em face do que prescreve o art. 16º/2, tais direitos “previstos na Declaração Universal podem considerar-se identicamente limites materiais de revisão constitucional, embora implícitos”.¹²⁵

O sentido da “elevação de certos direitos económicos, sociais e culturais a limites materiais de revisão” vem a ser: a) Que o conteúdo essencial de cada um deles não pode ser diminuído por revisão constitucional; b) Que o regime específico desses direitos, sobretudo no que concerne às suas formas de protecção e garantia, tão pouco pode ser afectado”.¹²⁶

4 - Instrumentos constitucionais-processuais de tutela dos direitos sociais.

No que respeita às garantias constitucionais processuais aos direitos fundamentais, destaque-se no âmbito dos direitos sociais individuais ou coletivos, no ordenamento constitucional brasileiro, o genuíno *mandado de segurança* (MS, art. 5º, LXIX: “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas*

¹²⁵ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* vol. IV, pp. 401-402.

¹²⁶ MIRANDA, Jorge, *in Manual...* vol. IV, p. 402.

data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;”).

E ainda, o *mandado de injunção* (MI), outra formulação original brasileira, destinada à criação do direito fundamental, em especial direito social, no caso em concreto (norma para o caso concreto), não usufruído à falta de lei regulamentadora (art. 5º, LXXI: “*conceder-se-á mandado de injunção toda vez que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;*”).¹²⁷

¹²⁷ Acerca do mandado de injunção, confirmaram-se nas duas decisões a seguir o posicionamento inicial e o atual do STF acerca de sua efetividade como instrumento constitucional-processual de concretização dos direitos sociais: (i) “MI-QO 107 / DF - QUESTÃO DE ORDEM NO MANDADO DE INJUNÇÃO-Relator(a): Min. MOREIRA ALVES-Julgamento: 23/11/1989-Órgão Julgador: Tribunal Pleno-Publicação - DJ 21-09-1990.Ementa:MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSÃO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIÊNCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS, A SEMELHANÇA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPONÍVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTÁVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICÁVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da Questão de Ordem que lhe submeteu o Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de reconhecer a natureza mandamental do Mandado de Injunção e a autoaplicabilidade do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, adotando-se, no que couber, o procedimento do Mandado de Segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Sr. Ministro-Relator. Votou o Presidente.Plenário, 23.11.89.”; (ii) “MI 721 / DF - MANDADO DE INJUNÇÃO-Relator(a):Min.MARCOAURÉLIO.Julgamento: 30/08/2007 -ÓrgãoJulgador:Tribunal Pleno-Publicação -DJ 30-11-2007 -Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é

Na seara dos direitos fundamentais coletivos (patrimônio público e social, saúde, educação), individuais homogêneos (consumidor) ou difusos (meio-ambiente) a *ação civil pública* (ACP), já existente no ordenamento infra-legal antes de sua constitucionalização e ampliação de seu objeto por meio do artigo 129, III, CF/88. A Lei n. 7.347, de 24/07/85 que criou a ação civil pública é anterior à CF/88 e foi por ela recepcionada.

No âmbito da tutela do ordenamento constitucional jurídico objetivo. a CF/88 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) por ação e por omissão (art. 103, CF), cujo rol de legitimados ativos foi ampliado pela Emenda Constitucional n. 45/04 para inclusão da Câmara Legislativa e do Governador do Distrito Federal; e ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF¹²⁸, art. 102, § 1º, CF), ação de caráter subsidiário

objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91'.

¹²⁸ 'ADPF-MC 33 / PA – PARÁ- MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 29/10/2003 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno –Publicação DJ 06-08-2004. EMENTA: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. 5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis: sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global. Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada. Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator, da Senhora Ministra Ellen Gracie e do Senhor Ministro Nelson Jobim, referendando o despacho monocrático de concessão de liminar, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Ausentes,

cuja decisão tem efeitos concretos. Trata-se de instrumentos de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade de indiscutível importância para a efetividade dos direitos sociais.

No que pertine aos instrumentos processuais próprios à garantia de efetividade dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, não há na ordem constitucional portuguesa o que se denomina em parte da doutrina brasileira de remédios constitucionais, com exceção do *habeas corpus*, art. 31º, CRP, reservado à tutela da liberdade, em matéria de direito penal. Há, todavia, as ações do controle abstrato - inconstitucionalidade por ação e omissão.

Contudo, há duas prescrições que merecem destaque, a do art. 20º, 1 e 5, respectivamente garantidoras do *acesso ao direito e aos tribunais e a tutela dos direitos, liberdades e garantias pessoais por meios processuais judiciais*, assegurados por lei, “*caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”.

Capítulo V - Justiciabilidade dos direitos sociais e a *cláusula geral de igualdade; os princípios da proibição de retrocesso social e da dignidade da pessoa humana* e o *núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais*.

Como é cediço, os direitos sociais são em sua grande maioria dependentes de integração pelo legislador que tem primazia em sua conformação. Entretanto, como entende majoritariamente a doutrina, pensamento que adotamos, não devem ser concebidos como direitos legais e sim como direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e protegidos.

justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio, Presidente, e Moreira Alves. Presidência do Senhor Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente. Plenário, 20.03.2003. O Tribunal, por unanimidade, referendou a decisão monocrática que determinou a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos das decisões judiciais que versem sobre a aplicação do dispositivo ora questionado, até o julgamento final da ação.“

Corroborando tal compreensão e como visto acima (item 4.6), a vinculatividade dos poderes públicos aos direitos sociais garante a sua efetividade. Ou por outra: a *garantia de efetividade* dos direitos sociais dá-se por meios de normas constitucionais vinculantes. São direitos garantidos por normas de escalão constitucional, o que confere lhes uma *vinculatividade normativa geral*.¹²⁹

E como se sabe, as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais não constituem normas *meramente* programáticas, no sentido de destituídas de eficácia jurídica e portanto, exigibilidade, tampouco podem ser tomadas no sentido de meros apelos políticos ao legislador e/ou ao administrador e assim não justiciáveis¹³⁰. São sim normas constitucionais

¹²⁹Cfr. QUEIROZ, Cristina, in *O Princípio da Irreversibilidade dos Direitos Sociais*, pp. 64/65.

¹³⁰ Nessa linha julgamento do STF: “RE-AgR 393175 / RS - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-Relator(a): Min. CELSO DEMELLO Julgamento: 12/12/2006 -Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 02-02-2007 PP-00140-EMENT VOL-02262-08 PP-01524 Parte(s) AGTE: ESTADO DO RIO GRANDE DOSUL - E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS

veiculadoras de tarefas e fins constitucionais a serem prosseguidos pelos poderes públicos, em especial o legislador e o administrador público.

As tarefas e fins a serem executadas e prosseguidas pelo legislador e/ou administrador são comandos constitucionais e, portanto, impositivos, não meramente apelativos.

Já se falou acima que o postulado ou a *cláusula de maximização* dos direitos sociais ou *mandado de otimização*, garantem a vinculação dos poderes públicos a esses direitos no sentido de sua realização de forma ampla e benéfica e, assim, designam a sua impositividade perante os poderes públicos, inclusive sua sindicabilidade judicial.

O postulado da otimização dos direitos sociais encontra em parte da doutrina, especialmente norte-americana (e também alemã) seu contraponto nos *standards* ou padrões mínimos de realização dos direitos sociais, decorrentes da necessidade do Estado de proteção a partir de uma solução de compromisso entre a aceitação ampla de deveres objetivos de concretização e a recusa total de uma concepção de tais direitos como de participação.¹³¹

Os *standards mínimos* têm equivalência no que a doutrina românica denomina de *mínimo vital* ou *mínimo existencial* que deve ser

*ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER.** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. Decisão A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo e, por considerá-lo manifestamente infundado, impôs, à parte agravante, multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Cezar Peluso. 2ª Turma, 12.12.2006". gn*

¹³¹ Cfr. QUEIROZ, Cristina, in *O Princípio...* pp. 92-93.

assegurado em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o acórdão do Tribunal Constitucional português n. 590/2004, acerca da revogação do regime de crédito bonificado para a habitação.

Por outro lado, a dupla dimensão dos direitos fundamentais, e também sociais, em direito objetivo (ordenamento objetivo e dever de proteção estatal e ainda direito de toda a coletividade) e em direito subjetivo individual, vinculante ao legislador e ao administrador público e controlado pelo poder judicial, demonstra acerca de seu inequívoco caráter justiciável.

É de consignar-se que as constituições brasileira e portuguesa contemporâneas estabeleceram, por meio da cláusula de otimização dos direitos fundamentais o *primado dos direitos sobre a lei* e ainda instituiu um Estado de Direito Democrático (Portugal) e um Estado Democrático de Direito (Brasil) que também são *Estados de Direitos Fundamentais*.¹³²

Assim, parece paradoxal falar-se que a Constituição assegura um mínimo existencial e por outro lado determina que os direitos fundamentais devam ser aplicados buscando a sua máxima efetividade. E que ainda, em casos de restrições (legais ou fáticas) assegura o ordenamento constitucional que o núcleo ou conteúdo essencial do direito fundamental seja preservado.

Com efeito, o tema da aplicabilidade das normas de direitos sociais suscita todas essas questões, já que se está diante de direitos que exigem recursos especialmente materiais de ordem econômico-financeira para serem concretizados. Daí porque, mais uma vez, é de se reafirmar que a eficácia de tais direitos só pode ser progressiva, paulatina, prospectiva.

Vê-se também na jurisprudência as mais variadas decisões e fundamentações quando em questão os direitos sociais.

Assim é que o Tribunal Constitucional de Portugal e Supremo Tribunal Federal brasileiro têm reconhecido a justiciabilidade dos direitos sociais, ora com fundamento na *cláusula geral de igualdade* por meio do

¹³² No mesmo sentido, dentre outros, QUEIROZ, Cristina, *in O Princípio...* p.88.

controle da discricionariedade ¹³³(Ac. TC ns. 181/87,449/87 e 191/88 – pensão

¹³³ ADI 3105 / DF -AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 18/08/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123-RTJ VOL-00193-01 PP-00137-RDDT n. 140, 2007, p. 202-203-Parte REQTE.: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP.EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, rejeitou as preliminares. Plenário, 23.6.2004. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao caput do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003

do viúvo em discrepância com a pensão às viúvas decorrentes de acidente de trabalho e AC. TC n. 155/2004, acerca do regime jurídico do contrato de trabalho na administração pública); ora quando afetem *direitos adquiridos*¹³⁴ - na vertente portuguesa, o Tribunal Constitucional entende haver um retrocesso social constitucionalmente proibido quando a decisão do legislador resulte em diminuição, mitigação do direito adquirido, quando tais direitos hajam sido subjetivados previamente: AC. TC n. 509/2002 acerca do rendimento social de inserção.

Ora ainda, pela aplicação do *princípio da proibição de retrocesso social*, pelo qual, o direito social uma vez conformado legalmente não poderá ser revogado por lei posterior sem as devidas compensações ou medidas alternativas: Ac. TC ns. 509/2002 (rendimento social de inserção) e 590/2004 (revogação do regime de crédito bonificado para habitação).

Designado princípio decorre do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança (corolários do Estado Democrático e Constitucional) de que gozam os cidadãos nos poderes públicos. Não tem aplicação no ordenamento alemão nem italiano. Contudo, a doutrina alemã defende a tese da *irreversibilidade dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente*

o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional. Plenário, 18.08.2004. gn

¹³⁴ Na jurisprudência brasileira, porém, negando no caso a existência de direito adquirido: “ADI 3104 / DF - Relator(a): Min. CÁRMENLÚCIA -Julgamento: 26/09/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação - DJE-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 - DJ 09-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01-PP-00139-EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA. 1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiem os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Decisão : O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Senhores Ministros. Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Plenário, 26.09.2007.”

consagrados servindo tal princípio como *guarda de flanco*¹³⁵ dos direitos sociais já concretizados, funcionando como densificador de tais direitos, impondo uma proibição de retroceder.

Como alerta MIRANDA, não é dado ao legislador “subtrair supervenientemente uma norma constitucional a exeqüibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido”.¹³⁶ No sentido de que haverá retrocesso social constitucionalmente proibido quando resultem diminuídos ou afetados *direitos adquiridos*, o Ac. TC n. 509/2002.¹³⁷

Sublinhe-se assim, que os preceitos legais conformadores dos direitos sociais podem ser derogados sem, contudo poderem restringir o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais¹³⁸. Nessa linha, também o AC.

¹³⁵ – Cfr. QUEIROZ, Cristina, in *O Princípio...*, p. 68.

¹³⁶ E ainda que: Por serem direitos derivados à prestações não é possível eliminar pura e simplesmente as normas legais e concretizadoras porque retiraria eficácia das normas constitucionais. É a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado do Direito (AC. TC n. 39/84), in *Manual...*, p. 397.

¹³⁷ “...nesse sentido, sem perda do poder de conformação autônomo reconhecido ao legislador em Estado de Direito democrático, a partir e à medida que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos.”

¹³⁸ Acerca do núcleo essencial do direito fundamental o STF assim já se pronunciou: ADI-MC 2024 / DF -Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 27/10/1999-Órgão Julgador: Tribunal Pleno- Publicação ;DJ 01-12-2000. EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do

TC n. 509/2002, ressaltando que a *proibição de retrocesso social ocorre quando se pretenda atingir o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana*,¹³⁹ quando sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios se pretenda proceder a uma *anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial*.

Conclusões.

A dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações –

Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos "inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. Gn

¹³⁹ Acerca da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aos direitos sociais confira-se o julgado do STF: RE 359444 / RJ--Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO-Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO-Julgamento: 24/03/2004-Órgão Julgador: Tribunal Pleno-Publicação-DJ 28-05-2004. Ementa: DMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRÁTICA DE ATOS - REGÊNCIA. A Administração Pública submete-se, nos atos praticados, e pouco importando a natureza destes, ao princípio da legalidade. TAXISTA - AUTONOMIA - DIARISTA - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - TRANSFORMAÇÃO - LEI MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO Nº 3.123/2000 - CONSTITUCIONALIDADE. Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem. O credenciamento de profissionais do volante para atuar na praça implica ato do administrador que atende às exigências próprias à permissão e que objetiva, em verdadeiro saneamento social, o endosso de lei viabilizadora da transformação, balizada no tempo, de taxistas auxiliares em permissionários.

de natureza fática e jurídica. Os direitos fundamentais prestacionais, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações em sentido amplo – direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento – e os direitos a prestações em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais (direitos a prestações materiais sociais).

Os direitos fundamentais de defesa são próprios do Estado Liberal de Direito e exigem uma abstenção estatal, ou seja, sua não intervenção na esfera dos direitos de liberdade dos cidadãos; e os direitos fundamentais de ação ou a prestações exigem ações dos poderes públicos, consistentes em prestações fáticas ou jurídicas e são direitos próprios do Estado de Direito Democrático e Social.

Inobstante a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa, de omissão estatal (liberdade abstrata) e os direitos fundamentais prestacionais, que impõem a atuação estatal, a fim de se assegurar a igualdade de condições ao livre desenvolvimento da personalidade humana (liberdade real), há uma nítida *interpenetração* dos direitos fundamentais.¹⁴⁰

Os direitos fundamentais são a um só tempo direito objetivo e direito subjetivo, destacando, portanto, seu *duplo caráter*. São direitos subjetivos por que garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurá-los. São direitos objetivos por que integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade.

Assim a doutrina aponta para o *duplo caráter dos direitos fundamentais*, concebendo-os a um só tempo como *direitos subjetivos* – aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos – e como *direitos objetivos* – enquanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do

¹⁴⁰ Cfr. HESSE, Konrad, *in Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 235: “Como direitos do homem e do cidadão, os direitos fundamentais são, uma vez, direitos de defesa contra os poderes estatais. Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça.”

ordenamento jurídico do Estado de Direito democrático e pertencentes a toda a coletividade.¹⁴¹

Os direitos prestacionais ou direitos a ações positivas do Estado compreendem as prestações em sentido amplo - os direitos à proteção e os direitos à organização e procedimento -, e os direitos a prestação em sentido estrito ou propriamente os direitos fundamentais sociais.

Aos direitos a prestações correspondem, portanto, posições jurídicas fundamentais distintas, conforme o seu objeto, podendo-se classificá-los em direitos a prestações jurídicas ou normativas e direitos a prestações fáticas ou materiais. Com isso, os direitos prestacionais não se restringem a prestações materiais, mas integram também direitos de proteção a posições jurídicas do cidadão em face do Estado, assim como direitos de participação na organização e procedimentos dos direitos fundamentais.

Os direitos a prestações em sentido amplo, que englobam os direitos de proteção e de participação na organização e procedimento, reportam-se ao Estado de Direito de matriz liberal na condição de garantes da liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva.

A existência de direitos a prestações em sentido estrito são típicos direitos do Estado Social e importam na sua atuação no sentido da criação, fornecimento e distribuição de prestações materiais, constituindo-se naqueles direitos fundamentais a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares.¹⁴² São os denominados direitos fundamentais sociais.

¹⁴¹ Cfr. HESSE, Konrad, *in Elementos de Direito Constitucional ...*, p. 228; “Por um lado eles são direitos subjetivos, direito do particular, e precisamente, não só nos direitos do homem e do cidadão no sentido restrito ..., mas também lá onde eles, simultaneamente, garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida Por outro, eles são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso é reconhecido para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direito individuais, ou que em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.”

¹⁴² Cfr. ALEXY, Robert, *in Teoría de Los Derechos Fundamentales*, Estudios de Derechos Constitucionales, Madrid, 1997, p. 482 (tradução livre).

Assim como ocorre com os direitos de defesa e os direitos a prestações, há uma íntima *interpenetração* entre os direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito, bem assim em torno de sua igual dignidade como direitos fundamentais.¹⁴³

Os direitos à proteção destinam-se a proteger posições jurídicas fundamentais do indivíduo contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais. Decorre do direito à proteção que o Estado tem a obrigação de adotar medidas positivas com vistas a garantir e proteger de forma efetiva a fruição dos direitos fundamentais dos indivíduos, em face inclusive do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, até mesmo de forma preventiva.

Os direitos fundamentais são, em alguma medida, dependentes da organização e do procedimento para sua realização, bem como, podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, e assim, como *garantias procedimentais*. Em sentido estrito, os *direitos à organização e ao procedimento asseguram ao indivíduo que o legislador dite normas de organização conformes ao direito fundamental* e facilite procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal.

Nesse contexto, como bem reconhece a doutrina, para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.

Diversamente do que ocorre no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn - ao contrário também das Constituições dos Estados-federados alemães - é cautelosa na formulação dos direitos a prestações, só explicitando um direito fundamental social no sentido de direito *subjeto* à prestação para o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade (art.6, § 4, LF), por isso, eles têm que ser

¹⁴³ Cfr. SARLET, Ingo, *in A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997 p. 195.

deduzidos de outras disposições jusfundamentais. Isso porque, tanto do ponto de vista de seu texto como de sua gênese, a Lei Fundamental alemã tem primariamente o caráter de uma Constituição liberal e de Estado de Direito voltada para os direitos de defesa.

Para o juspublicista ALEXY, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes, que a outorga (ou não outorga) não pode ficar livremente franqueada à disposição parlamentar. E, portanto, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente é uma questão basicamente de *ponderação entre princípios*, de um lado o princípio da liberdade fática, de outro, os princípios formais de competência do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes e ainda, princípios materiais que, sobretudo, refiram-se à liberdade jurídica de outros e também a outros direitos fundamentais sociais e a bens coletivos.¹⁴⁴

No resultado dessa ponderação entre princípios deverão estar presentes condições que assegurem e satisfaçam *direitos fundamentais sociais mínimos*, ou seja, direito a um *mínimo vital*, que garantam v.g. uma moradia digna, a educação escolar, a formação profissional e um padrão mínimo de assistência médica.

A propriedade de *direito subjetivo vinculante prima facie* dos direitos sociais fundamentais, significa que, para além do “caráter programático”¹⁴⁵ desses direitos, a sua *cláusula restritiva*, qual seja, a *reserva do possível* - aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade - não tem como consequência a ineficácia do direito e sim tal cláusula expressa a necessidade de *ponderação desse direito*.

Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do particular a obter através do Estado bens sociais (saúde, educação, segurança social), que não os pode obter no comércio privado, seja pela escassez dos

¹⁴⁴ ALEXY, Robert, *in Teoria de los Derechos Fundamentales...*, p. 494.

¹⁴⁵ Não meramente programáticos no sentido de destituídos de eficácia jurídica e sim referente aos programas e políticas públicas de que dependem os direitos fundamentais sociais para sua efetivação.

seus recursos financeiros, seja por resposta insatisfatória do mercado (cuidados de saúde privados, seguros privados, ensino privado). São *direitos sociais*, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais dos cidadãos.

Convergem os direitos fundamentais sociais para a associação de três níveis nucleares: (i) *direitos sociais originários* - se os particulares podem obter diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais; (ii) *direitos sociais derivados* - que se reconduzem ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das normas constitucionais sociais, sob pena de omissão inconstitucional, e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (iii) a *dimensão objetiva* - ou vinculatividade jurídica das normas consagradoras de direitos fundamentais, obrigando os poderes públicos, independentemente de *direitos subjetivos*, a *políticas sociais ativas* conducentes à criação de instituições (ex: hospitais), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações sociais.¹⁴⁶

Com base nos acórdãos ns. 39/84 e 101/92 proferidos pelo Tribunal Constitucional português, os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiciabilidade e exeqüibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social, o direito à saúde, são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas incrustradas no âmbito de proteção destes direitos.

¹⁴⁶ Em outro contexto STARCK, Christian, *in Jurisdição Constitucional e Tribunais Comuns*, Anuário Português de Direito Constitucional, vol. IV/2004/2005, Coimbra, janeiro de 2008, pp. 24 e 28, fala em re-subjetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais: “quando o juiz ignora o conteúdo da norma que consagra o direito fundamental, não só atenta contra o direito constitucional objetivo, como, com a sua sentença, lesa, enquanto titular do poder público, o direito fundamental cuja observância por parte também do poder judicial o cidadão tem a faculdade jurídico-constitucional de exigir. Opera-se assim uma mutação, que não se fundamenta com maior detalhe, da decisão valorativa, jurídico-objetiva, contida nos direitos fundamentais, numa pretensão jurídico-subjetiva”.

Com fundamento ainda no acórdão nº 39/84, do Tribunal Constitucional português, referente à extinção legal do Serviço Nacional de Saúde de Portugal, revela-se a *força jurídico-constitucional dos direitos sociais* (i) os direitos fundamentais sociais consagrados constitucionalmente dispõem de *vinculatividade normativo-constitucional*, não são, portanto, meros “programas” ou linhas de direção política”; (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de *parâmetro de controlo judicial* quando estejam em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos; (iii) as *normas de legislar* acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas *imposições legiferantes*, cujo não cumprimento poderá justificar a *inconstitucionalidade por omissão*; (iv) as *tarefas* constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de *medidas concretas e determinadas* e não em promessas vagas e abstratas; (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não está à livre *disponibilidade do legislador*, inobstante sua *liberdade de conformação*, quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo de organização e ritmo de concretização.¹⁴⁷

Considera-se, ainda, que os direitos de defesa são insuficientes para assegurar a *liberdade real*, que depende de ações positivas do Estado, de intervenção e não de abstenção, pois, cuida-se, não-só de ter liberdade em relação ao Estado, mas de desfrutar dessa liberdade por meio das prestações advindas do Estado,

Cuida, assim, a contemporânea dogmática dos *direitos fundamentais sociais*, da possibilidade de o Estado obrigar-se à criação dos pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade do titular do direito impor sua pretensão a prestações em face do Estado.

¹⁴⁷ CANOTILHO, JJ Gomes, *in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

É ponto nuclear da *teoria dos direitos fundamentais do Estado Social* - que pretende superar o choque entre liberdade jurídica e liberdade real - que os direitos fundamentais não têm só um caráter delimitador negativo, mas também, o caráter de facilitador de prestações sociais pelo Estado, cabendo a este buscar os meios de criar os pressupostos sociais necessários para a realização desses direitos fundamentais e favorecê-los.

Também, os direitos fundamentais sociais visam assegurar, mediante prestações materiais a *compensação das desigualdades sociais*, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, *já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.*¹⁴⁸

Vê-se também no Preâmbulo da Constituição Federal e em seu art. 3º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão enquanto Estado Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais. Da mesma forma, Portugal instituiu um *Estado social Democrático* com a Constituição de 1976.

Os direitos fundamentais a prestações *stricto sensu* comportam os direitos fundamentais sociais propriamente ditos, ou seja, direitos a prestações fáticas, que se reconduzem ao que JELLINEK denomina de *status positivus socialis* dos indivíduos. Entretanto, os direitos fundamentais sociais não se restringem à dimensão prestacional, abrangendo também as liberdades sociais (*v.g.* direito de greve e de liberdade sindical), que se reportam a um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*.¹⁴⁹

A doutrina reconhece o caráter complementar entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações materiais, rechaçando qualquer dualidade ou dicotomia entre eles, além de atribuir a mesma dignidade a

¹⁴⁸ SARLET, Ingo, *in* A Eficácia ..., p. 202.

¹⁴⁹ Ver em MIRANDA, Jorge *in* Manual de direito Constitucional, vol. IV, Coimbra, 2000.

ambas as categorias (ou dimensões) dos direitos fundamentais.¹⁵⁰ Entretanto, reafirma suas distinções, que se revelam para além de seu objeto – abstenção ou ação estatal – na esfera da densidade normativa e da eficácia das normas que os consagram e que deságuam, principalmente, no problema central do reconhecimento de um direito individual subjetivo a prestações materiais.

Os direitos fundamentais a prestações podem ser concebidos como *direitos originais* e *direitos derivados a prestações*. Aqueles são definidos como posições jurídicas que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que consagram direitos sociais, independentemente da atuação legislativa. Estes dependem da prévia existência de um sistema legal de prestações estatais e se caracterizam como direitos de igual acesso a elas.

O conteúdo da prestação não pode ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, dada a especificidade de cada direito fundamental prestacional. Saliente-se, também que cada direito social prestacional apresenta um vínculo diferenciado em relação às categorias de prestações estatais referidas (direito ao trabalho, assistência social, aposentadoria, educação, saúde, moradia, etc.). É a *forma de positivação* no texto constitucional das diferentes espécies de prestações que efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais, bem como a sua conformação pelo legislador.

Assim, somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. Em geral, os direitos sociais prestacionais são dependentes de intermediação legislativa, negando-se-lhe a natureza de norma de eficácia plena. Explica-se, assim, a recorrente questão da exigibilidade perante o Estado de tais prestações materiais, isto é, se estão vinculadas juridicamente ou não – e, portanto, se são ou não sindicáveis judicialmente independentemente de interposição legislativa.

¹⁵⁰ Cfr. MIRANDA, Jorge in *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra, 2000.

Por outro lado, o *atributo social* do direito determina, de maneira objetiva, a obrigação ao Estado de assegurar aos indivíduos um conjunto de regras de proteção e atendimento que possibilite a plena realização da condição humana. Saliente-se também, que constituinte adotando uma visão moderna da função do Estado, procurou assegurar direitos básicos inerentes à dignidade humana, com o que, os indivíduos passaram a ser titulares de uma espécie de crédito junto ao Estado, que lhes é devedor de determinadas prestações sociais.

Não se pode olvidar, que constitui exigência de um Estado Democrático, que inclui valores essenciais como a dignidade humana, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais, ainda que no nível de um *mínimo vital*, para a proteção da vida humana, diretamente deduzido da Constituição.

Por outro prisma, mesmo tendo o cidadão um direito a prestações existenciais mínimas, decorrente do direito à vida, não significa impor ao poder público o modo de realizar este direito, porquanto os órgãos estatais dispõem de um indispensável espaço de discricionariedade, que, no entanto, não é absoluto, condicionado que está à realização do *núcleo ou conteúdo essencial* do direito fundamental positivado.

Assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna é objetivo comum dos direitos fundamentais sociais, daí a íntima vinculação entre os direitos fundamentais sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, aliás, constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CF) e também fim da ordem econômica (art. 170, *caput*). É ainda, princípio fundamental da República portuguesa, a teor do art. 1º, CRP.

Alguns direitos sociais em muitos casos são consagrados em *normas programáticas*, que veiculam programas constitucionais de atuação dos poderes públicos dependentes de providências integrativas.

Contudo, isso não lhes retira a eficácia, já que toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua *máxima eficácia*. Já é consenso doutrinário que as normas constitucionais são dotadas de, ao menos, uma eficácia mínima (eficácia negativa, derogatória), variável de acordo com seu grau de densidade normativa e nessa medida, direta e imediatamente aplicáveis, no sentido de impedir que o legislador aniquile o conteúdo social do direito fundamental.

Ao contrário da Constituição brasileira, que nenhuma diferenciação expressa de regime faz acerca dos direitos fundamentais (mas os positiva de forma diferenciada), a Carta portuguesa elegeu diferentes regimes para os direitos fundamentais. Assim, há que se distinguir entre o regime comum aplicável a todos os direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais e quaisquer outros previstos na ordem jurídica portuguesa) e o regime específico dos direitos, liberdades e garantias por um lado e o regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, por outro.¹⁵¹

É nesse ponto que releva destacar, que a Carta Federal de 1988, de forma inovadora, dispôs em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E a Carta portuguesa prescreve no seu art. 18º/1, que “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, desloca a doutrina dos “direitos fundamentais dentro da reserva de lei” para a

¹⁵¹ Cfr. JORGE MIRANDA, in Manual... vol IV, pp. 145-147: “nos regimes específicos distinguem-se: a) Regime material ou de fundo; b) Regime orgânico ou de competência; c) Regime de revisão constitucional”. Sendo que, há “ainda regras materiais próprias de apenas certos direitos, liberdades e garantias: os direitos, liberdade e garantias pessoais, segundo o art. 20º, n. 5; os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de suspensão, conforme o art. 19º, n. 6; e os direitos sujeitos aos poderes de regulação de órgãos independentes da Administração”.

doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.”¹⁵² Contrapõe-se à doutrina que defende a dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado (*interpositio legislatoris*), concebendo-os como *leges imperfectae*, posicionando-os como problema de competência constitucional, atribuindo ao legislador, respeitadas as condições orçamentárias, garantir as prestações sociais.

É precisamente, como já se afirmou a forma de configuração dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional que conferem a tais normas sua densidade normativa: de acordo com as técnicas de positivação decorrem posições jurídicas distintas. Com isso, a sua *carga eficaz* está diretamente vinculada a sua positivação jurídico-constitucional, dentre as possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas, como normas de organização, como garantia institucional e como direitos subjetivos.

Diante do *princípio da aplicabilidade imediata* insculpido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, e também no artigo 18º/1, da Constituição da República Portuguesa, poder-se-ia advogar a tese da eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, e ainda propugnar a inexistência em nossa Constituição de normas programáticas. Entretanto, isso *equivaleria a tornar dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie os institutos constitucionais de cunho jurídico-processual* (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão).¹⁵³

Diante disso, é plausível concluir que tanto o art. 5º, § 1º, CF, como o art. 18º/1, CRP, contêm um *postulado de otimização* das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive, dos direitos sociais impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

¹⁵² CANOTILHO, JJ Gomes *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1998.

¹⁵³ SARLET, Ingo, *in A Eficácia ...*, p. 244.

De outro vértice, a *vinculatividade normativo-constitucional* dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a *realização destes direitos através de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas*.¹⁵⁴ A vinculação do legislador, juizes e administração aos direitos fundamentais, no direito português decorre diretamente de regra constitucional (art. 18º/1, CP).

No Brasil, à ausência de norma expressa, pode-se asseverar, que a *vinculatividade da Administração Pública* aos direitos fundamentais, inclusive sociais, decorre da própria regra que determina sua aplicação imediata (art. 5º, § 1º), assumindo a função de reforçar o caráter vinculante das normas de direitos fundamentais (*reforço da eficácia vinculante*)¹⁵⁵, que ressalta o dever específico dos poderes públicos de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-as como parâmetro na concretização de tais direitos.

No âmbito da *vinculação do legislador* aos direitos fundamentais, especialmente no que respeita aos direitos sociais, há que atentar para a imposição constitucional a ele dirigida, de concretização de tais direitos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão decorrente da inércia (total ou parcial).

Também o Poder Executivo e todos os órgãos da Administração Pública encontram-se vinculados aos direitos sociais, em decorrência do princípio da *máxima eficácia* insculpido no art. 5º, § 1º, o que *significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais*.¹⁵⁶ A prescrição também encontra-se plasmada no art. 18º/1, CRP, como já se referiu acima.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *in* Direito Constitucional ..., p. 471..

¹⁵⁵ OTERO, Paulo, *in* *Instituições Políticas e Constitucionais*, Almedina, Coimbra, 2007.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo, *in* A Eficácia ... p. 331.

Da mesma forma os Tribunais, enquanto órgãos do Estado estão submetidos à Constituição, devendo respeitar os direitos fundamentais, quer no processo, quer no conteúdo de suas decisões, assumindo especial relevância a função o controle de constitucionalidade dos atos dos órgãos estatais, o que lhe confere o poder/dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. Bem assim, é dever dos tribunais interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais e ainda, colmatar eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais.

Pelo fato de os direitos fundamentais sociais exigirem prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, põe-se em relevo sua dimensão econômica. O caráter prestacional dos direitos sociais *assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.*¹⁵⁷

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência alemãs condicionaram a efetivação dos direitos fundamentais sociais à “reserva do financeiramente possível”, tendo consignado a Corte Constitucional daquele país, no julgamento acerca de vagas nas universidades, que *pretensões destinadas a criar os pressupostos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à reserva do possível.*¹⁵⁸

A *reserva do possível* constitui limite fático e jurídico à efetivação dos direitos sociais, apresentando-se sob duas faces: por um lado o Estado possui uma capacidade limitada de recursos materiais disponíveis, e por outro lado, deve ter a capacidade jurídica de dispor dos recursos existentes.

¹⁵⁷ Cfr. SARLET Ingo, *in* A Eficácia ... pp. 263-4.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998. pp. 43-4.

Para além da existência dos meios materiais efetivos e do poder de sua disposição, a pretensão deve ser *razoável*, e o que constitui o razoável numa pretensão que reclama prestação material, está diretamente relacionado à *afetação material dos recursos*, o que requer uma opção, que em derradeira análise cabe ao legislador.

Entretanto, deixar à competência do legislador ordinário a opção quanto à escolha e direcionamento da destinação dos recursos materiais no que respeita aos direitos sociais, pode-se incorrer no risco de sua não-concretização pela escassez dos recursos; também outorgá-la ao Poder Executivo concedendo-lhe o poder amplamente discricionário de deixar de concretizar o direito social alegando impedimento de ordem financeira, não se afigura adequado. Ao Judiciário, todavia, a doutrina mostra reservas quanto a conferir-lhe o poder de remanejar verbas públicas.

Os argumentos que refletem a preocupação com a questão orçamentária como restrição à efetivação dos direitos fundamentais sociais, choca-se com a garantia constitucional de proteção à vida e à dignidade humana. Assim, por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, venham a opor os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos há que se ter presente que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana de forma digna.

Também é de se sublinhar, que o princípio da *proibição de retrocesso* visa impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas. A proibição do retrocesso das posições jusfundamentais conquistadas legalmente é princípio constitucional que decorre da Democracia e do Estado Social e significa que, os direitos sociais, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir uma *garantia institucional* não podendo ser eliminados ou reduzidos ao ponto de atingir o *núcleo ou conteúdo essencial* do direito consagrado

constitucionalmente, sem a criação de esquemas alternativos compensatórios.¹⁵⁹

A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no *núcleo essencial* do direito fundamental já realizado, transformando o direito social, nessa medida, em direito de defesa, impondo ao Estado que se abstenha de atentar contra ele.

É possível concluir que, independentemente da questão orçamentária, os direitos sociais constituem direitos fundamentais subjetivos vinculantes, oponíveis ao Estado e plenamente jurisdicizados, sendo que, para além de assegurarem o *mínimo vital* representam a derradeira garantia da *dignidade humana*, em ordenamentos jurídicos que consagram um Estado Democrático de Direito.¹⁶⁰

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge in *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000.

¹⁶⁰ E como alerta BARROSO, Luís Roberto, in “A doutrina brasileira de efetividade”, *Temas de Direito Constitucional*, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p.71. “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (...) e “há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do constituinte, *senso de realidade*, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa *técnica legislativa*, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos e os bens jurídicos e condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E por fim, é indispensável o consciente *exercício de cidadania*, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo, *in A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, A construção dogmática, Almedina.

ALEXY, Robert *in Teoria de Los Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.*

AZZARITI, Gaetano, *in Problemi attuali di diritto costituzionale, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951*

BARROSO, Luís Roberto *In O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, *in Temas de Direito Constitucional*, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *in Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, 1993.

CANOTILHO, JJ Gomes, *in Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes, “Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias” *in* BFDC, volume comemorativo (2003), p. 793-814.

CANOTILHO, J.J. Gomes *in Metodologia ‘fuzzi’ e ‘camaleões normativos’ na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais, 1996, in Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004.*

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *in Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, 1991.

CINQUENTA ANOS DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Organização e Introdução: Leonardo Martins. Fundação Konrad Adenauer-Stiftung, Programa Estado de Derecho para Sudamérica.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, in *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 28-39, jan-mar. 2006.

COSSIO, Carlos in *Teoría de La verdad jurídica*, p. 180

CRISAFULLI, Vezio, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio, 1952*.

DEL VECCHI, Giorgio, in *Philosophie Du Droit*, p.206.

DWORKIN, Ronald in *Los Derechos en serio, Barcelona, Ariel, 1989*.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, in *La Constitución como norma y El tribunal constitucional*, Thomson, Civitas, 2006.

HÄBERLE, Peter, in *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997.

HESSE, Konrad in *A Força Normativa da Constituição*, Sérgio Fabris Editor, Rio Grande do Sul-BR, 1991.

HESSE, Konrad, in *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Fabris, Porto Alegre, 1998.

Kelsen, Hans, in *Teoria Pura do Direito*, v I, 18 e 19.

LARENZ, Karl, *Metodología de La Ciencia Del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

MENDES, Gilmar, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.

MIRANDA, Jorge in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, outubro de 2006.

MIRANDA, Jorge in *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 2000, pp. 31-31.

MIRANDA, Jorge In *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio, Forense, 2005.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis, in *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis, in *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra, 2004.

OTERO, Paulo, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, Almedina, Coimbra, 2007.

PÉRES LUNŌ, Antonio Enrique in *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005,

PÉREZ LUNŌ, Antonio Enrique in *La Tercera Generación de Derechos Humanos*, Thomson, Navarra, 2006.

QUEIROZ, Cristina, in *Direitos Fundamentais Sociais, funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina, in *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 109.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva, in *O Direito Fundamental à Saúde na perspectiva da Constituição Federal*. *Revista de Direito Administrativo.* , v.22, pp.147-165, 2005. Editora Fórum - Belo Horizonte - MG out/dez/2005

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva in *o Direito à proteção da Saúde na Constituição Federal de 1988*. Anuário de teses da UFPR – Universidade

Federal do Paraná, pp.1 - 165, 2001. Dissertação de Mestrado em Direito UFPR – no prelo.

SARLET, Ingo, *in A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997 p. 195.

STARCK, Christian, *in Jurisdição Constitucional e Tribunais Comuns*, Anuário Português de Direito Constitucional, vol. IV/2004/2005, Coimbra, janeiro de 2008, pp. 24 e 28.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 7^a. Edição, 2007.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *in Derecho Constitucional Comparado*, SEPS Secretariado Europeo per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

VIEIRA ANDRADE, JOSÉ CARLOS, *in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, outubro de 2007.

INDICE

Introdução.....05

Considerações iniciais.....06

Capítulo I - Normas constitucionais: *natureza jurídica, hierarquia, classificação e eficácia.....09*

1 – *Natureza jurídica, hierarquia e classificação* das normas constitucionais.09

2 – *Eficácia e aplicabilidade* das normas constitucionais.....11

Capítulo II - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: *concepções. Classificações, interconectividade, catálogo, atipicidade, dimensões dos direitos fundamentais e estrutura das normas constitucionais de direitos sociais.*

1 – *Concepções de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Classificação dos Direitos Fundamentais: os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais. Interconectividade ou integração dos direitos fundamentais.28*

2 - *Catálogo* constitucional de direitos fundamentais e a abertura a novos direitos: as *cláusulas abertas* ou de *não-tipicidade. Fundamentalidade.....32*

3- *A dupla-dimensão* dos direitos fundamentais: *objetiva e subjetiva.....35*

4 – *A estrutura* das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais.37

Capítulo III – Aplicabilidade das normas de direitos sociais: *maximização de eficácia, vinculação dos poderes públicos e cláusula da reserva do possível*.43

1 - *Cláusula de maximização ou otimização de eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação dos poderes públicos. A vinculação do legislador aos direitos sociais e o princípio da liberdade de conformação*.....43

2 - *Cláusula da reserva do financeiramente possível*.....47

Capítulo IV – Colisão entre Direitos Fundamentais, eficácia horizontal dos direitos sociais, limites à revisão das normas constitucionais de direitos sociais e instrumentos constitucionais-processuais de tutela.....51

1 - *A colisão entre direitos fundamentais: a ponderação*.....51

2 - *Eficácia e aplicabilidade horizontal dos direitos sociais: eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídico-privadas*.....52

3 - *Limites à revisão e à reforma constitucional: os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas*.....56

4 - *Instrumentos constitucionais-processuais de tutela dos direitos sociais*.....58

Capítulo V - Justiciabilidade dos direitos sociais e a *cláusula geral de igualdade; os princípios da proibição de retrocesso social e da dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais*.....61

Conclusões.....68

Bibliografia.....84