

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

RUBENS BEÇAK

JOANA STELZER

MARCELINO MELEU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Rubens Beçak; Joana Stelzer; Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-615-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direitos Humanos e Efetividade: fundamentação e processo participativos” se reuniu em Salvador/BA, no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, para discutir a efetividade dos Direitos Humanos sob diversos prismas, desde que, comprometidos em conhecer, no tratamento das situações de dissenso ou de antagonismo de interesses, a noção programática e vivencial de Estado Democrático de Direito.

Preocupados com a significação heterogênea da expressão “Direitos Humanos”, bem como, com a falta de precisão para a determinação de seu alcance, que ocasiona, assim, fragilidades conceituais, como há muito alertou Norberto Bobbio, os pesquisadores intentaram contribuir para estabelecer pressupostos eticamente comprometidos para a superação da vagueza da expressão ‘Direitos Humanos’, decorrente da própria ambiguidade da pergunta originária, qual seja, ‘o que são Direitos Humanos?’.

A busca às respostas, minimamente, comprometidas em reconhecer, especialmente em um cenário globalizado, que todos os seres humanos são titulares de dignidade própria, uma vez que, nascem livres, dotados de razão e titulares de direitos, como destacou o artigo primeiro da Declaração Universal, passa pelo rechaço a qualquer desvio fundamentalista, como sustenta Alain Supiot. O professor francês lembra, que a doutrina fundamentalista, surgida no final do século XIX, pode assumir três aspectos diferentes: 1) messiânico, que intenta impor ao mundo inteiro, uma única interpretação, voltada ao liberalismo teológico; 2) comunitarista, que transforma o conteúdo de Direitos Humanos em uma marca de superioridade do Ocidente, negando outras civilizações; 3) cientificismo, quando a interpretação dos Direitos Humanos se vincula a dogmas próprios da biologia ou da economia.

Em momento algum, se nega a preocupação do fundamentalismo de cariz cientificista, com defesa da liberdade ou com o direito de propriedade, porém, antes destes, devemos assegurar, como refere Supiot, um mínimo de segurança física e econômica. Ao contrário, longe destas garantias, ainda estamos presenciando agressões por parte de grupos que entendem serem superiores como raça, acarretando que, populações inteiras sofram com fome, frio, falta de moradia, etc. Hoje, por exemplo, assistimos a principal potência mundial, impor a separação de crianças de seus pais, em prol de uma política de tolerância zero com imigrantes.

Não pode haver liberdade onde reina a insegurança física ou econômica, isso porque, o conteúdo dos Direitos Humanos deve ser entendido como um recurso comum da humanidade, aberto às contribuições de todas as civilizações, de modo a permitir à humanidade, em sua infinita diversidade, a real compreensão de sua interdependência e dos valores que a unem.

A partir destes compromissos, com o olhar crítico para a segurança pública do Brasil, Emerson Francisco de Assim, investigou a justiça de transição e a violência policial como fatores que ora dialogam e ora afrontam o conteúdo dos Direitos Humanos.

Já, com o intuito de contribuir com uma fundamentação possível aos direitos sociais, André Luiz dos Santos Mottin, buscou reafirmar que tais direitos são fundamentais e que ocupam uma posição de centralidade em relação aos meios e aos fins do Estado, na contemporaneidade.

Lília Teixeira Santos, por sua vez, ressalta a participação do cidadão nos conselhos de políticas públicas municipais como instrumento para efetivação do direito humano fundamental ao desenvolvimento, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

Com Lucas Coelho Nabut e Carlos Eduardo do Nascimento se identifica a crise do liberalismo na pós-modernidade, bem como, os efeitos sofridos pelos institutos de direito privado em virtude da constitucionalização, levando a necessidade de perquirir a eficácia dos Direitos Humanos nas relações privadas.

Analisar o enfrentamento da exploração sexual comercial e o modo como estão sendo desenvolvidas as estratégias municipais de enfrentamento, notadamente quando afeta à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes foi a preocupação de Rafael Bueno da Rosa Moreira e André Viana Custódio.

Marcelino Meleu e Emmanuele Paz sustentaram o resgate do princípio da solidariedade, desde que este, contemple o conteúdo prestacionista da Declaração Europeia dos Direitos Humanos, em conjunto com o viés obrigacional da declaração africana.

O direito à liberdade religiosa diante da laicidade do Estado amparado pelo sistema constitucional brasileiro e pelo Pacto de São José da Costa Rica, especialmente, no que concerne aos símbolos religiosos utilizados em prédios públicos e por agentes públicos, ao ensino religioso em escolas públicas, feriados religiosos e transfusão de sangue por testemunhas de Jeová sustentou o trabalho de Paula Falcão Albuquerque.

A contribuição da teoria liberal de John Rawls para o embasamento teórico das ações afirmativas, e sua utilização no direito brasileiro foi a proposta de Max Emiliano da Silva Sena e Liliane Lisboa de Oliveira Barbosa.

Recordamos, com Rubens Beçak e Luís Felipe Ramos, que a efetividade dos Direitos Humanos é tema dos mais complexos, sobretudo em um ordenamento jurídico como o brasileiro, em que são muitas as garantias positivadas. Os 250 artigos da Constituição (sendo 78 incisos, apenas no art. 5º) têm, na prática, pouca efetividade, constituindo verdadeira figura de linguagem, o que contraria diagonalmente os ditames do neoconstitucionalismo, que busca atribuir efetiva força normativa aos documentos constitucionais.

A mediação enquanto instrumento de solução de conflitos comunitários, conscientizadora da comunidade, de seu direito fundamental de efetiva participação no desenvolvimento local foi tema do trabalho de Elaine Cler Alexandre dos Santos.

A comunidade indígena e seu direito de participação nas decisões sobre a exploração dos recursos minerais pertencentes ao seu território foi objeto de investigação por parte das pesquisadoras Ana Claudia Cruz da Silva e Luly Rodrigues da Cunha Fischer. Também preocupadas com comunidades assoladas com violações de Direitos Humanos, Marlise da Rosa Lui e Daniela Mesquita Cademartori, traçam uma consistente abordagem de cinco casos levados ao conhecimento e julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo povos quilombolas do Suriname, Honduras e Colômbia.

Gabriel Klemz Klock e Martinho Martins Botelho analisaram a decisão proferida em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da inexigibilidade de consentimento prévio para publicação de obras biográficas e, se esta, importou em um incentivo para a produção de obras literárias desta natureza.

As atividades desempenhados pelo Estado, cidadãos e empresa, enquanto atores protagonistas de ações capazes de influenciar no desenvolvimento sustentável, seja na área econômica, social ou mesmo cultural foi objeto de análise por parte de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Ocimar Barros de Oliveira.

Com a educação inclusiva nas escolas municipais de Aracajú, sustentada por Maria Lucia Ribeiro dos Santos e o reconhecimento da diferença e a inclusão social da pessoa com deficiência por Andréia Garcia Martin, alertam para o problema da exclusão social, e seu necessário enfrentamento para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Gabrielle Bezerra Sales e Franciele Bonho Rieffelas destacam a influência das novas tecnologias de informação e de comunicação (tic) e o direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Com apoio na proporcionalidade apresentada na teoria de Alexy, Rogerio Luiz Nery Da Silva e Vinícius Secco Zoconi discutem possíveis conceitos oponíveis à compreensão do efetivo alcance ontológico do direito à saúde, com o objetivo de viabilizar as discussões dele decorrentes sobre sua exigibilidade.

Renata Caroline Pereira Reis Mendes e Viviane Freitas Perdigão Lima, reforçam a necessidade de análise do conteúdo dos Direitos Humanos e sua efetividade no Brasil. Tal conteúdo, como destacam Edmario Nascimento Da Silva, Gilberto Batista Santos, não pode menosprezar a defesa dos bens culturais e da possibilidade de sua ampliação como direito imaterial.

A riqueza dos debates e o compromisso epistemológico sustentado pelos participantes do Grupo, recomendam a leitura dos textos aqui apresentados à todos aqueles que se preocupam com a defesa dos Direitos Humanos em um ambiente policontextual e complexo que se situa a sociedade no século XXI.

Salvador/BA, junho de 2018.

Profa. Dra. Joana Stelzer – UFSC

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

Prof. Dr. Marcelino Meleu – UNOCHAPECÓ

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: ABORDAGEM CRÍTICA CONTEXTUALIZADA

THE QUESTION OF THE HUMAN RIGHTS EFFECTIVENESS: A CONTEXTUALIZED CRITICAL APPROACH

Luís Felipe Ramos Cirino ¹
Rubens Beçak ²

Resumo

A efetividade dos direitos humanos é tema dos mais complexos, sobretudo em um ordenamento jurídico como o brasileiro, em que são muitas as garantias positivadas. Neste sentido, os 250 artigos da Constituição - sendo 78 incisos, apenas no art. 5º -, têm, na prática, pouca efetividade, constituindo verdadeira figura de linguagem, o que contraria diagonalmente os ditames do Neoconstitucionalismo, que busca atribuir efetiva força normativa aos documentos constitucionais. Desse modo, pretende-se fazer uma análise crítica do excesso de direitos humanos positivados nos mais diferentes ordenamentos jurídicos do mundo, sem que haja uma efetiva observância de referidas prerrogativas, em verdadeiro paradoxo.

Palavras-chave: Efetividade, Direitos humanos, Aplicabilidade, Eficácia social

Abstract/Resumen/Résumé

The effectiveness of human rights is a complex topic, especially in a legal system such as the Brazilian one. In this sense, the 250 articles of the Constitution have little effectiveness in practice, constituting a figure of language, which contradicts diagonally the dictates of Neo-constitutionalism, which seeks to attribute effective normative force to constitutional documents. Thus, it is intended to make a critical analysis of the excess of human rights positivized in the most different legal systems in the world, without there being an effective observance of said prerogatives, in a true paradox.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Effectiveness, Human rights, Applicability, Social effectiveness

¹ Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor universitário.

² Livre-docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado da Universidade de São Paulo na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

1 – Conceitos preliminares

Tanto no Brasil quanto nos mais diversos sistemas jurídicos do mundo, nunca foram tantos os direitos fundamentais consagrados tampouco os conteúdos axiológicos presentes nas cartas constitucionais, oponíveis contra o próprio Estado que os estatui e, em especial, contra os particulares em geral.

Todavia, à luz do amplíssimo rol de direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, uma pergunta vem à tona: de fato, a presença formal de tais prerrogativas no texto constitucional assegura a observância, pelo Estado e pelos particulares, dos direitos ali consagrados? Em outras palavras: até que ponto a mera existência, no plano normativo, de inúmeras garantias corresponde à necessária existência de um Estado Democrático de Direito? Neste sentido, diz-se se, de fato, as normas constitucionais produzem, em âmbito social, os efeitos pretendidos, isto é, se são (ou não) dotadas de efetividade.

O conceito de efetividade está intimamente relacionado com o da eficácia; apesar de englobado por esta, diz-se que determinada norma é efetiva quando, no plano dos fatos, os objetivos pretendidos quando da edição desta são realizados no plano das relações sociais.

Nas palavras de Sarlet, a efetividade – espécie do gênero da eficácia – “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” (SARLET, 2011, p. 238).

Para Barroso, a efetividade – ou eficácia social da norma, conforme destacado *infra* – se refere ao cumprimento efetivo do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, “aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos” (BARROSO, 2013, p. 65)¹.

A questão da efetividade das normas constitucionais há muito na doutrina tem se mostrado relevante quando discutida à luz dos chamados direitos sociais ou, na nomenclatura de Vasak, de segunda geração, que impõem ao Estado uma prestação positiva, um *facere*.

¹ O autor vai além e, em sua obra, busca uma análise de efetividade com os postulados de Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito. “O Direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 65.

2 – A problemática terminológica

De acordo com o disposto no art. 5, § 1º, da Constituição Federal, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; para a apreciação deste dispositivo, de suma importância para as considerações ulteriores – que analisarão a efetividade das normas constitucionais postas - a uniformização dos conceitos correlacionados à norma constitucional posta.

Em se tratando do estudo da eficácia jurídica das normas, José Afonso da Silva, necessariamente, tem de ser saudado. Este autor trouxe à tona a já consolidada diferenciação entre vigência e eficácia, situando-as em diferentes planos normativos.

Neste sentido, para o autor, os dois institutos guardam necessária correlação: a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após sua regular promulgação e publicação); assim, constitui verdadeiro pressuposto de eficácia, de tal sorte que apenas uma norma vigente pode vir a ser eficaz (SILVA, 1982, p. 42). Este entendimento é, de igual modo, compartilhado por Sarlet (2011, p. 36), que identifica a noção de existência da norma com a de sua vigência, ressaltando que esta não se confunde, necessariamente, com a validade² – em entendimento, de igual modo, consagrado por Barroso (2013, p. 79).

Superada a distinção entre vigência e eficácia, sendo certo que existe uma correlação de complementariedade entre os institutos, a questão da efetividade nas normas põe-se quando esmiuçadas as diferentes vertentes do instituto da eficácia. Correntemente na doutrina, a efetividade vincula-se à noção de eficácia social, material, a par da jurídica, mais relacionada ao campo formalista.

Neste sentido, citando, uma vez mais, José Afonso da Silva, embora correlatos, há distinção entre eficácia social e jurídica: àquela, induz a real obediência da norma e a sua correta aplicação no plano dos fatos; esta, por seu turno, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade (...). Possibilidade, e não efetividade” (SILVA, 1982, p. 55). Esta última, para o autor, sim, confunde-se com a eficácia social da norma consagrada formalmente.

² Neste entendimento, independentemente de sua validade, uma norma pode ter entrado em vigor e, neste sentido, ter integrado a ordem jurídica, ao menos formalmente.

Assim, à luz do entendimento *supra*, é perfeitamente possível a existência formal de determinada norma dotada de eficácia jurídica sem que seja, contudo, socialmente eficaz ou, na nomenclatura adotada na presente pesquisa, sem que lhe seja inerente efetividade.

Outro autor que tratou do tema é Barroso (2001, p. 83), para quem, *verbis*:

A efetividade significa, portanto, 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.

Outra discussão relevante dentro do tema da eficácia – tanto jurídica quanto social – diz respeito à recorrente convergência entre esta e a aplicabilidade das normas jurídicas. Para parte da doutrina trata-se de conceitos idênticos, na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a ulterior geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes.

A maior parte da doutrina, contudo, adere à distinção entre eficácia e aplicabilidade, embora reconheça que sejam, de fato, temas conexos. Neste sentido, já se manifestou Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 78), para quem inexiste uma relação de pressuposição entre os institutos, especialmente em função da aptidão para a produção de efeitos (eficácia) ser algo definido em plano diverso do qual se discute o problema da aplicação, conceito que envolve uma dimensão fática, mais próximo, portanto, da efetividade.

Em sentido símile, Sarlet (2011, p. 238) coloca-se como um dos que pregam a não identidade entre os conceitos:

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta.

Finalizando a celeuma terminológica posta, o autor define eficácia jurídica como a possibilidade de a norma vigente ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos, enquanto que a efetividade – ou eficácia social, a depender do doutrinador analisado - pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma quanto o resultado concreto decorrente. Ambos os institutos constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (a eficácia

jurídica, no dever ser, e a social, no campo prático, do ser), mas, ainda, intimamente ligados entre si, na medida em que indispensáveis à plenitude do Direito posto.

Para o presente trabalho pretende-se a análise dos direitos e garantias consagrados na Constituição Federal à luz da eficácia social, ou seja, da efetividade destes; não significa, contudo, que não haverá situações em que tocados aspectos da eficácia jurídica, dada a indissociabilidade na relação entre os institutos.

3 – O problema de eficácia das normas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro

As normas constitucionais – como normas jurídicas que são – dotam-se de determinada eficácia, isto é, da aptidão para a produção de efeitos. Desde a clássica teoria de Ruy Barbosa³, tem-se como base, no ordenamento jurídico brasileiro, a tese adotada por José Afonso da Silva, que elaborou uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais.

Para o autor, as normas constitucionais podem ser divididas em: a) normas de eficácia plena, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, sem que haja necessidade de regulamentação pelo legislador infraconstitucional; b) normas de eficácia contida (ou redutível, na nomenclatura adotada por Michel Temer), que são aquelas que, apesar de dotadas de eficácia direta e imediata, podem ter o seu conteúdo reduzido pelo legislador infraconstitucional; c) normas de eficácia limitada, que são aquelas de aplicabilidade indireta e mediata, que não receberam do constituinte os requisitos para, desde já, operarem seus efeitos: necessitam, pois, da boa vontade do legislador infraconstitucional para, de fato, ingressarem na ordem jurídica.

Apesar de divergentes as classificações encontradas na doutrina constitucionalista, todas partem de uma mesma premissa: inexistem, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, normas constitucionais completamente destituídas de eficácia. De igual modo, é assente o entendimento de que determinadas normas da Constituição, em virtude da chamada ausência de normatividade suficiente (SARLET, 2011, p. 251), não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos,

³ A teoria de Ruy Barbosa, inspirada, sobretudo, na experiência constitucional dos Estados Unidos da América, divide as normas em autoaplicáveis e não autoaplicáveis.

e, portanto, dependem de atuação do legislador infraconstitucional para atingir a plena eficácia⁴.

A classificação amplamente utilizada na realidade jurídico-constitucional brasileira, todavia, parece não explicar a suposta questão da possível restringibilidade dos direitos fundamentais, o que será melhor explorado *infra*. Ora, se todos os direitos fundamentais são, em tese, restringíveis, isto implicaria no fato de todas as normas constitucionais serem de eficácia limitada.

Noutra banda, em sentido diverso, convém lembrar que todas as normas constitucionais, sendo dotadas sempre de um mínimo de eficácia, de acordo com a densidade normativa do dispositivo apreciado, podem ser consideradas diretamente aplicáveis, ainda que nos limites de sua eficácia e normatividade.

Neste sentido, ainda que indiretamente, é unânime a doutrina: todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia, imediatamente aplicáveis, mesmo em se tratando de normas de eficácia limitada⁵. Assim, conforme entendimento de Enterría, sendo reconhecido o caráter vinculante e geral das normas constitucionais, na Lei Fundamental não existem meras declarações destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.

4 – A eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais

Superadas as questões terminológicas quanto a eficácia e suas decorrentes ramificações, da qual destacar-se-á a social, comumente conclamada como efetividade, passemos, pois, a análise do tema à luz dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A maioria das classificações analisadas *supra* não dão o necessário destaque ao específico problema da eficácia dos direitos fundamentais. Desde o advento da Constituição Federal, em especial com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o

⁴ Outra terminologia recorrentemente verificada na doutrina faz referência à densidade normativa, sendo, as normas autoaplicáveis (ou, de eficácia plena, como visto *supra*) aquelas de alta densidade normativa, enquanto as normas constitucionais de baixa densidade normativa são aquelas que dependem de um *interpositio legislatoris* para gerar os efeitos pretendidos.

⁵ Para ilustrar a imediata aplicabilidade das normas de eficácia limitada, SARLET traz a seguinte situação: o juiz, ao considerar revogada uma norma legal anterior e contrária, nada mais está a fazer do que aplicando a norma constitucional.

tema tem sido objeto de calorosos debates, sobretudo quanto aos direitos fundamentais sociais, que exigem do Estado uma prestação positiva em favor dos administrados.

Para a correta análise do tema posto, todavia, imperioso destacar que sob a alcunha de ‘normas definidoras de direitos e garantias fundamentais’ abrigam-se dispositivos que guardam pouca – ou nenhuma – relação com aqueles, assumindo feição característica de outra tipologia⁶.

Enfim, cabe diferenciar as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, diferenciação essa que, ulteriormente, assume papel de relevância na análise da eficácia jurídica e social, das normas. Em suma, os direitos, na nossa Constituição, dividem-se em liberdades (ou direitos de defesa), que impõem ao Estado uma abstenção, e, ainda, direitos a prestações (sociais), que atribuem obrigações positivas ao Poder Público; se, quanto àqueles, praticamente inexistente controvérsia quanto à sua aplicabilidade imediata, o mesmo não se pode afirmar com relação aos direitos a prestações em relação aos quais, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, não se verifica, *prima facie*, a imediata aplicabilidade, em aparente desconformidade com o preconizado no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

4.1 - A plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais

Conforme mandamento do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, *verbis*, ‘*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*’. Apesar da aparente pacificidade do conteúdo do dispositivo, mostra-se necessário examinar a abrangência da norma, isto é, se é aplicável a todos os direitos fundamentais (nestes inclusos os decorrentes de tratados internacionais e, ainda, os decorrentes do regime e princípios adotados pela Carta Magna, nos termos do art. 5º, § 2º), ou se se restringe aos direitos individuais e coletivos, previstos nos incisos do art. 5º, da Carta Cidadã.

⁶ Aqui cabe destacar a classificação das normas constitucionais elaborada por Barroso, para quem podem ser: a) normas de organização (que, por sua vez, englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, normas definidoras de competência, normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos); b) normas definidoras de direitos; c) normas programáticas. Para Canotilho, por seu turno, os direitos fundamentais (sociais) podem ser positivados de quatro formas distintas: a) normas programáticas; b) normas de organização; c) garantias institucionais; d) direitos subjetivos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Segundo assente entendimento doutrinário, amparado, sobretudo, na própria literalidade do dispositivo legal, que estende a eficácia plena e a imediata aplicabilidade a todos direitos e garantias fundamentais, a norma consignada no art. 5º, § 1º, da Carta Magna aplica-se a todos os direitos preconizados no ordenamento jurídico brasileiro, nestes inclusos os decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição, sem prejuízo, ainda, dos advindos de tratados internacionais firmados pelo Brasil, e devidamente ratificados pelo Congresso Nacional.

Desta feita, não há dissenso algum quanto à verdadeira intenção do legislador constituinte, quando da estipulação da norma consignada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: pretendeu-se, desde o início, que todos os direitos e garantias, e não só individuais, estivessem abarcados pela aplicabilidade imediata e pela plena eficácia.

Todavia, uma questão põe-se na análise prática do consignado em indigitada norma constitucional: ora, a norma contida no art. 5º, § 1º, em si considerada, tem força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda mais considerando que certos direitos não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando intervenção do legislador infraconstitucional?⁷

Na visão de Sarlet (2011, p. 266), por mais fascinante que pareça a tese de inexistência de normas programáticas na Constituição, com a imediata aplicabilidade de todos os direitos fundamentais, por conseguinte, entende o autor não corresponder ela à realidade jurídica brasileira. Para o autor, *verbis*:

De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chama-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição.

Neste sentido, o autor insiste que mesmo alguns dos direitos fundamentais consagrados na Constituição trazem em seu bojo normas programáticas, assumindo a feição de dirigir ordens ao legislador bem como tarefas para os órgãos estatais, sendo, pois, impossível a aplicabilidade plena destes. Assim o são, por exemplo, muitos dos

⁷ Segundo SARLET, “é preciso ter em mente que foi justamente a constatação da existência de normas desta natureza entre os direitos fundamentais que serviu como argumento para os que sustentam a tese de que o comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais (enfim, contra a natureza das coisas) de determinados direitos fundamentais”. SARLET, 2011, p. 264.

direitos sociais positivos, então inexistentes (ou, então, pouco frequentes nas Constituições) quando da elaboração da teoria de aplicabilidade de Ruy Barbosa.

Dentre os direitos sociais preconizados na Constituição Federal, muitos têm como característica o fato de serem “de defesa”, razão pela qual não existem maiores problemas em considerá-los normas autoaplicáveis, em plena conformidade com a intenção do legislador constituinte quando da edição do art. 5º, § 1º, da Carta Cidadã.

Há, todavia, alguns direitos sociais que, por conta da sua função prestacional, enquadram-se na categoria de normas que dependem de regulamentação para plena operação dos efeitos pretendidos – são as chamadas normas de baixa densidade normativa, como visto *supra*. Ainda que considerados de aplicabilidade imediata, como o quis o legislador constituinte, impossível atribuir-lhes carga idêntica aos direitos de defesa.

Assim, partindo da premissa de que a plena eficácia e imediata aplicabilidade prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal não atinge os direitos fundamentais de igual modo, a doutrina⁸ e, em especial na presente pesquisa, Sarlet (2011, p. 270) acredita que o conteúdo normativo exarado em indigitada norma deve ser considerado como verdadeiro mandado de otimização⁹, de tal modo que aos órgãos estatais incumbe o dever de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. Assim, havendo uma presunção de plena aplicabilidade das normas que consagram prerrogativas, eventual recusa de sua aplicação deverá, necessariamente, ser fundamentada e justificada.¹⁰

Mais uma vez citando Sarlet (2011, p.70), conclui-se que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do conteúdo normativo do art. 5º, § 1º, da nossa Constituição. Dada a principiologia do referido texto legal, pode-se afirmar que à Administração Pública incumbe a tarefa de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, “outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata (...) constitui um dos esteios (...) no âmbito da Constituição”.

⁸ Este entendimento é compartilhado, por exemplo, por Flávia Piovesan. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano, p. 92.

⁹ Segundo a clássica e já consolidada teoria de Alexy, os princípios – diferentemente das regras, que têm aplicação necessária – são verdadeiros mandados de otimização, sempre aplicáveis na medida do possível; neste sentido, a norma verificada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, seria, em verdade, um princípio, possivelmente observado pela Administração Pública.

¹⁰ Neste sentido, assevera SARLET: “Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto (...)”.

Desta feita, é possível pontuar que, na realidade jurídico-constitucional brasileira, os direitos fundamentais possuem maior aplicabilidade e eficácia, o que não significa que, dentre todos os direitos consagrados, estes estejam, necessariamente, no mesmo nível, havendo, portanto, diferentes possíveis graduações quanto à aplicabilidade e eficácia, a depender da forma de posituação, do objeto e da função que cada um dos preceitos desempenha.

Em outras palavras, em se tratando de direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem condição de regra geral; assim, quando não verificadas tais características, para ser legítima a atuação da Administração Pública, necessária justificação convincente a luz do caso concreto.

Na visão de Sarlet (2011, p. 271), mais uma vez citado, negar aos direitos fundamentais uma condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Por esta razão, afirma que os direitos fundamentais, acrescidos dos princípios que norteiam a atuação da República Federativa do Brasil, governam a ordem constitucional.

4.2 - A eficácia dos direitos de defesa

Como destacado *supra*, os direitos fundamentais possuem maior aplicabilidade e eficácia se comparados com as outras disposições normativas existentes em determinado ordenamento. Isso não significa, contudo, que, dentre todos os direitos consagrados, estes estejam, necessariamente, no mesmo nível, havendo, portanto, diferentes possíveis graduações quanto à aplicabilidade e eficácia – que variam conforme a densidade normativa.

Inicialmente, de maneira menos minuciosa, tratar-se á da eficácia dos direitos de defesa, que exigem uma abstenção do Estado; neste ponto, não haverá muitas delongas, eis que a eficácia plena e aplicabilidade imediata destes direitos não costumam ser questionadas pela doutrina.

Isso ocorre porque, pela própria natureza de tais direitos, estes se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental; assim, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações do Estado ou dos destinatários da norma (2011, p. 275).

Outro argumento utilizado para justificar a aplicabilidade imediata dos direitos de defesa reside na natureza que decorre do disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal; neste sentido, vale transcrever a lição de Vieira de Andrade (2012, p. 275), para quem a aplicabilidade imediata representa o indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, ou seja, “a sua autossuficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais” e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.

Desta forma, a eventual existência de, mesmo nos direitos de defesa, ambiguidades em expressões vagas e abertas não constitui óbice à imediata aplicabilidade destas garantias, dada a desnecessidade, em função da natureza própria de tais direitos, de remeter tal função ao Poder Legislativo.

Em contrapartida ao entendimento exposto, amplamente adotado pela doutrina, da inquestionável plenitude da eficácia dos direitos de defesa, à luz do consagrado no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, posiciona-se, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal. Em sentido oposto ao explanado *supra*, quando do julgamento do Mandado de Injunção que versa sobre a ausência de regramento legislativo do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da Constituição Federal), a Corte julgou parcialmente procedente a ação, sob o argumento de que o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada, depende de concretização legislativa – em julgamento aparentemente contrário ao sentido do já mencionado art. 5º, §1º, da Constituição Cidadã.

Sarlet (2011, p. 277), por exemplo, argumenta que, em tal caso, o Supremo Tribunal Federal, “mesmo diante de um típico direito de defesa (no caso, uma liberdade social), sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio Constituinte considerou esta como pressuposto do exercício do direito fundamental”.

Assim, continua, “poder-se-á objetar que, em se tratando de direito fundamental de defesa, uma atuação do legislador poderá até ser importante, mas sua ausência (...) não constitui um obstáculo para a aplicação direta da norma” (SARLET, 2011, p. 277).

Para a presente pesquisa, um importante destaque é para a aplicabilidade imediata e plenitude da eficácia que mostram-se carentes de especial atenção; isso porque, como será visto *infra*, é esta a modalidade de garantias que resta recorrentemente violada pela Administração Pública, quando da imposição de condições iníquas aos candidatos concorrentes a cargos em carreiras públicas.

Conclui-se, de todo o exposto, que apesar de certa desconfiança das cortes superiores, em se tratando de direitos fundamentais de defesa (liberdades), a presunção de aplicabilidade imediata e de plenitude da eficácia deve prevalecer, impondo que sejam observadas pelos operadores do Direito, aplicando-as aos casos concretos.

Assim, em se tratando de direitos fundamentais de defesa, especialmente violados quando da imposição de certos requisitos para ingresso em carreiras públicas, a lei infraconstitucional não se mostra indispensável para a plena fruição, para a efetividade de determinado direito, eis que inexistente razão lógica para a não prevalência do consignado no art. 5º, §1º, da Constituição Federal, não havendo do que se falar, por exemplo, do limite da reserva do possível¹¹.

Ainda quanto ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos, exemplo esse que ilustra a efetividade de direito social negativo, impende destacar a evolução do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, ao terem os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes se manifestado no sentido de prevalência da Lei nº 7.783/89, aplicável na iniciativa privada, enquanto não sobrevier norma regulamentadora específica aos servidores públicos, busca a Suprema Corte a valorização da tese da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, de modo que a fruição de determinada faculdade não pode estar condicionada a que o legislador se disponha a suprir sua omissão (SARLET, 2011, p. 278).

Desse modo, pode-se afirmar que os direitos de defesa constituem direito subjetivo individual, enquadrando-se naquelas situações em que se outorga ao particular a possibilidade de exercer uma situação subjetiva ativa, cuja fruição não depende de qualquer prestação alheia, ainda que advinda do Poder Legislativo, bastando, para tanto, uma abstenção por parte do destinatário da norma (BARROSO, 2001, p. 143).

4.3 - A eficácia dos direitos sociais

Se, como visto, inexistem maiores controvérsias quanto à aplicabilidade imediata dos chamados direitos de defesa, já que independem de uma atuação positiva da Administração Pública, o mesmo não se pode afirmar quanto aos direitos prestacionais,

¹¹ A bem da verdade, é plenamente possível que os direitos de defesa e, em especial, os direitos sociais negativos possuem um custo, já que indispensável a alocação de recursos do poder público. SARLET, op. cit., p. 278.

que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário¹². Isso porque, para ser garantida a plena efetividade das normas postas, imperiosa a atuação e não a mera abstenção do legislador infraconstitucional e, em especial, do aplicador do Direito.

No presente trabalho não será dada tanta ênfase à aplicabilidade e, de modo mais específico, à efetividade dos direitos sociais prestacionais; isso porque, aliada à falta de espaço, a recorrente violação dos preceitos constitucionais verificadas nos mais diferentes certames públicos, objeto direto deste estudo, dá-se, em essência, quanto aos chamados direitos de defesa ou, em última instância, ao direito de igualdade, flagrantemente ofendido por ato direto da Administração Pública e não por omissão desta em garantir direitos subjetivos aos interessados.

Conforme analisado *supra*, de antemão é importante destacar que, mesmo aos direitos sociais prestacionais, aplica-se, ainda que em menor medida, o consignado no art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Ora, por menor que seja a densidade normativa destes direitos, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, quanto a esta aptidão reduzida, imediata e diretamente aplicáveis¹³.

A fim de analisar a problemática questão da eficácia social e jurídica, dos direitos sociais prestacionais, imperioso partir-se da seguinte premissa: até que ponto é possível, com fundamento em uma norma programática constitucional, o reconhecimento, ao particular, de determinado direito subjetivo fundamental? Em outras palavras, até que ponto é forçoso reconhecer a possibilidade de exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material?

Os doutrinadores que se posicionam de modo favorável a essa possibilidade, qual seja, de extração de direito subjetivo individual de normas constitucionais eminentemente programáticas – consubstanciadas, por exemplo, em direitos sociais prestacionais, amparam-se, sobretudo, na necessária atuação do Poder Judiciário, quando provocado. Assim, constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo de preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação; mesmo quando verificada imprecisão em referidos conteúdos, sendo possível o reconhecimento de um significado central e

¹² Neste sentido, Canotilho enfatiza a necessidade de *cimentar juridicamente* o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais.

¹³ Quanto à eficácia dos direitos sociais prestacionais, Sarlet apresenta quatro questionamentos, a serem respondidos ao longo de sua obra: a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5º, §1º, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica?; b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações?; c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais?; d) no caso de afirmativa a resposta à pergunta anterior, em quais situações e sob quais condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido? SARLET, 2011, p. 281.

incontroverso, necessária é a aplicação da norma constitucional, ainda que sem intermediação legislativa.

Outro argumento processual para o reconhecimento da existência de direitos subjetivos mesmo em normas programáticas funda-se no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que consagra o princípio da inafastabilidade de controle judiciário. Assim, estando os tribunais autorizados a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação, desnecessária a intermediação legislativa para a plena efetividade de tais conteúdos normativos.

Em contrapartida, muitos são os que advogam a impossibilidade de se extrair, em todo e qualquer caso concreto, direito subjetivo ao particular. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, a posição jurídica dos particulares, em tais situações, é menos consistente, não lhes conferindo a fruição e nem a possibilidade de exigir a fruição de algo, quando a norma constitucional “expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la” (2001, p. 56).

Neste sentido, inclusive, é o posicionamento tradicional, amplamente adotado no direito comparado, segundo o qual, de fato, os direitos sociais prestacionais dependem de uma atuação do Legislativo, já que é inviável precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação que constitui o objeto da norma (SARLET, 2011, p. 308).

Os que defendem a impossibilidade de se extrair do conteúdo normativo programático os direitos subjetivos individuais, fundamentam-se, ainda, no limite fático da reserva do possível, muitas vezes tida como característica precípua dos direitos sociais prestacionais. Assim, a efetividade de tais direitos depende, essencial e diretamente, da disponibilidade de recursos por parte do Estado, e, indiretamente, da atuação do Poder Legislativo, ao menos no que tange à regulamentação de tais comandos, já que é o legislador ordinário o que decide sobre a aplicação e destinação de recursos públicos.

Assim, nesta linha de pensamento, eventual reconhecimento, pelo Judiciário, de direitos subjetivos individuais decorrentes de conteúdos normativos prestacionais da Constituição seria uma verdadeira afronta ao princípio da separação dos Poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito (SARLET, 2011, p. 308). Ora, sendo a efetivação dos direitos prestacionais dependente de fatores externos em sua maioria, não jurídicos, aos magistrados faltaria a capacidade de, alheios a tais condições exógenas, utilizarem-se de critérios seguros e claros para aferir a questão no âmbito estritamente jurídico.

Para Sarlet (2011, p. 308), todos os argumentos apresentados para a impossibilidade de extração de direitos subjetivos individuais de dispositivos constitucionais programáticos convergem em um único centro: o verdadeiro objeto do direito fundamental, o que impede a plenitude de sua eficácia. Neste sentido, assevera:

Relembre-se, por oportuno, que eventual ambiguidade ou indeterminação do conteúdo não acarreta, por si só, a indispensabilidade de uma intermediação legislativa em se tratando de direitos de defesa, já que estes pressupõem, para sua efetiva realização, uma atitude abstencionista do Estado. O que importa, relativamente aos direitos sociais prestacionais, é a possibilidade (ou não) de se alcançar a definição de seu objeto, isto é, do conteúdo e alcance da prestação, através de mecanismos jurídicos, não se cogitando – se for este o caso – de uma ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Enfim, em se tratando do reconhecimento ou não de se extrair, do conteúdo de direitos sociais prestacionais, direitos subjetivos à coletividade, são citados alguns autores, que lançaram suas concepções alinhadas, em menor ou maior medida, aos fundamentos do neoconstitucionalismo.

Na visão do reconhecido publicista alemão, Christian Starck (*apud* SARLET, 2011, p. 350), o desenvolvimento direto, pela via interpretativa, de direitos originários a prestações das normas de direitos fundamentais não é, de regra, possível. O autor, contudo, considera possíveis algumas exceções, desde que atendidos os seguintes pressupostos: a) premente e compulsória necessidade de assegurar materialmente um direito de liberdade; b) determinabilidade do conteúdo da prestação; c) garantia dos recursos necessários sem invasão da esfera de competência do legislador em matéria orçamentária; d) sujeição do direito social prestacional à cláusula vinculatória do art. 1º, III, da Lei Fundamental (princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais).

Rüdiger Breuer (*apud* SARLET, 2011, p. 350), por seu turno, parte da constatação de que no Estado prestacional moderno o indivíduo se encontra numa dependência existencial da atuação dos poderes públicos e, assim, a autora sustenta que a plena realização de justiça social na condição de tarefa acometida ao Estado apenas pode ser aferida com base no parâmetro do grau de garantia das liberdades fundamentais, razão pela qual direitos subjetivos prestacionais apenas podem ser reconhecidos quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais - o que, na prática, significa dizer que sempre admissível aludido reconhecimento, eis que em todos os casos a liberdade fundamental do particular se encontra gravemente ameaçada.

Finalmente, Robert Alexy, talvez o maior expoente do neoconstitucionalismo alemão, apresenta teoria que, por sua pertinência e originalidade, merece ser destacada. Para o jusfilósofo alemão, imperioso o equilíbrio entre os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações sociais, em uma concepção fundada na ideia da ponderação entre princípios.

Desse modo, se, de um lado, temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), do outro, se estão os princípios da competência decisória do Legislativo, da separação dos poderes e, ainda, princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros. Neste sentido, para Robert Alexy, fica permitido o reconhecimento de direitos originários a prestações sociais nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais forem atingidos de forma diminuta. Assim, para o autor, tais condições se encontram satisfeitas, sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, dentre outros tantos (ALEXY, 2012, p. 465).

Desta feita, analisando-se as principais e mais adotadas teorias que tratam da possibilidade de extração de direitos subjetivos de normas sociais prestacionais, constata-se, de plano, que todas aderem à noção de um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, com o intuito de evitar o esvaziamento da liberdade pessoal.

E, mais decisiva ainda é a posição adotada por Alexy, no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes.¹⁴ Neste sentido, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser entendida como prioritária e, ainda, quando tiver como consequência direta uma restrição proporcional a bens jurídicos colidentes, é possível se falar no reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social (ALEXY, 2012, p. 467).¹⁵¹⁶

¹⁴ De acordo com este critério, um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores e bens, já que uma colisão com os direitos de defesa, bem como com outros princípios constitucionais, se revela incontornável.

¹⁵ Com isso, ficou definido um claro limite ao reconhecimento de direitos originários a prestações sociais, de modo que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo, o sacrifício de outros direitos não parece tolerável.

¹⁶ No âmbito da doutrina luso-brasileira, a teoria de Canotilho em muito se aproxima a de Robert Alexy, em especial, no que diz com a formatação das diversas posições jurídico-subjetivas de natureza

5 – Conclusão

Conforme assevera Barroso (2013, p. 62), Constituições não nos têm faltado nem, tampouco, normas e princípios constitucionais que consagrem direitos e garantias à coletividade. Pelo contrário, a histórica constitucional do Brasil mostra que o constituinte, tradicionalmente, peca mais pelo excesso do que pela escassez, no que tange a analiticidade das Cartas Magnas pátrias. Acerca do tema, Seabra Fagundes (1982, p. 17) percorreu cada um dos casos de falência da legitimidade do poder na experiência constitucional brasileira, pela inaplicação das normas constitucionais vigentes à época.

Desse modo é que, na história constitucional brasileira, foram editadas, em pouco mais de 100 anos de República e pouco menos de 200 anos de independência, 8 Constituições, do qual a simples existência formal é de pouca – senão de nenhuma – utilidade prática¹⁷.

Esse fenômeno, de pouca observância das normas constitucionais postas que, ante sua inaplicabilidade, são revistas de (pouco) tempo em tempo, decorre do fato de não serem tais dispositivos tornados eficazes na prática, nem mesmo aplicados concretamente. Ou seja, “não se tem realizado efetivamente, no dia-a-dia da vida do cidadão, o ideário constitucional, que se torna, assim, vazio e vão” (BARROSO, 2013, p. 63).

A inocuidade das normas constitucionais deriva, dentre tantos outros fatores, não destacados neste trabalho, por pura ausência de espaço, diretamente do fato de ser o próprio Estado possivelmente o maior dos infratores da Constituição. Em outras palavras: a falta de efetividade dos princípios consagrados na Carta Magna está intimamente relacionada com o fato do próprio Estado aquele que, em tese, mais observância deveria à Constituição ser, talvez, aquele que menos credita cogência aos dispositivos nesta consagrados¹⁸.

prestacional, além de considerar a existência de direitos a prestações implícitos no âmbito de proteção de determinados direitos fundamentais de liberdade.

¹⁷ A falta de efetividade das normas constitucionais não é exclusividade da Constituição Federal de 1988. Ao analisar a Constituição de 1969, Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou que, se um ser extraterreno, dotado de inteligência aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos, à luz da Constituição então vigente, especialmente do título ‘Da Ordem Econômica e Social’, ficaria surpreso e embevecido com o padrão de civilização que logramos erigir.

¹⁸ Quanto ao tema da falta de efetividade às normas constitucionais, Barroso é taxativo: “Não há efetividade possível sem uma cidadania participativa”. Trata-se da alternativa *participativa* para a inocuidade da Constituição, vez que “liga-se, essencialmente, à atuação fiscalizadora da sociedade civil, por seus

Relacionado com a contradição fundamental ressaltada por Barroso é, de igual modo, o *paradoxo da civilização* de Sérgio Resende de Barros. Para o autor, “a agressão aos direitos humanos não arrefeceu, mas cresceu com o progresso da civilização humana, ao contrário do que seria de esperar” (BARROS, 2003, p. 446).

Continuando o ilustre professor é taxativo (BARROS, 2003, p. 446), ao apontar que:

Mas, não obstante seja uma contradição da civilização com a própria civilização, a negação dos direitos humanos pelos seres humanos se expande. Pela atividade individual (homicídios, genocídios, holocaustos, extermínios, guerras, etc.), assim como pela passividade (endemias, epidemias, miséria, fome, etc.), os direitos da pessoa humana são violentados, tanto os fundamentais quanto os operacionais, em todos os países, tanto os desenvolvidos como os subdesenvolvidos. No globo terrestre, condições e estágios de cultura divergente apontam para uma convergência de processo e resultado: a civilização humana progride, mas o desrespeito aos direitos humanos não regride.

Historicamente, a atuação dos Estados não foge da máxima apresentada pelo Professor: muito embora dotada, cada vez mais, de tecnologias que seriam hábeis à garantia de mais e melhores direitos à coletividade, a Administração Pública, ao que parece, desenvolveu novas formas de violar os direitos humanos, tanto por ação quanto por omissão.¹⁹

Assim, a prática estatal alinhou-se a outras práticas sociais negadoras dos direitos humanos fundamentais, dando azo à verdadeira falência do dito Estado de Direito, devastador das mais básicas garantias postas em declarações de direitos e constituições.

O crescimento do chamado Estado infrator, assim, é decorrência direta da trivialização dos direitos humanos, multiplicados exponencialmente desde meados do século XX, conforme asseverado *supra*; nunca, na História da humanidade, foram tantos os direitos constitucionalmente assegurados.

Isso porque, dando-se maior ênfase à quantidade de direitos a serem positivados em determinada Constituição, degenera-se a qualidade destes, em outras palavras assevera Barros que: “na declaração só devem entrar os principais e os que os seguem

diferentes organismos”. Assim, para o autor, cabe à sociedade civil a fiscalização do cumprimento das normas constitucionais pelo Estado; eis a superação do que o Ministro chama de ‘contradição fundamental’. BARROSO, 2013, p. 78 e 81.

¹⁹ Neste sentido, Barros afirma que “além dos fundamentais, os mais mezinhos direitos do homem têm sido negados e renegados pelas ações inéditas que a tecnologia engendrou e que o Estado possibilitou, ora sofisticadas e sutis, ora bestiais e colossais, embora nem sempre tenham no Estado a sua fonte principal de poder”. BARROS, op. cit., p. 447.

de imediato, os superiormente operacionais, constituindo ambos uma tipificação temática, formando o que convém chamar: a temática dos direitos humanos”.²⁰

Assim, na Constituição, quanto mais direitos a demanda, menos proteção lhes oferta.²¹ Ora, não poderia ser diferente, eis que, no Direito, como em qualquer outra valoração, a facilidade da oferta multiplica a demanda do produto, depreciando-o. Eis o paradoxo da civilização, transfigurado para a atuação estatal: a declaração de direitos, dada a sua extensão e pouca efetividade, desvaloriza a própria declaração.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 5 ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos – Paradoxo da Civilização*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁰ Ibid., p. 452.

²¹ Ibid., p. 452.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madri: Trotta, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. *O Estado Infrator*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MATIAS, João Luis Nogueira et al. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a Invasão da Constituição*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção dos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. São Paulo: Editora Cortez, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dimensões da Dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento

do cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2005.