

A EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ

Mestre, Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Docente, por concurso, na mesma Instituição, aposentada no cargo de Professora Associada. Professora Titular e Coordenadora de Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO.

RODINER RONCADA

Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Juiz Federal em São Paulo. Ex-Procurador Federal.

RESUMO

A eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais é tema ainda não suficientemente resolvido no Direito brasileiro, especialmente considerando-se a cláusula contida no artigo 5º, §1º da Constituição da República Brasileira, normativa geradora da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Para a análise dessa problemática, neste trabalho examina-se, primeiramente, a doutrina da eficácia das normas constitucionais em geral, a partir da já considerada clássica teorização de José Afonso da Silva sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais; em um segundo momento, examina-se a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais de direitos fundamentais para finalmente buscar-se o delineamento da problemática relativa à aplicabilidade imediata das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais. Assim, utiliza-se, para a pesquisa, a hermenêutica constitucional e o método teórico-dedutivo visando à comprovação da possível e necessária aplicação de referida cláusula constitucional aos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia de normas constitucionais. Eficácia das normas de direitos sociais. Aplicabilidade imediata das normas constitucionais de direitos sociais. Direitos Subjetivos.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Industrial do Séc. XVIII discute-se a necessidade de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais sociais da pessoa humana pelo Estado e pela sociedade, como forma de minimizar os efeitos perversos da concentração de poder econômico em mãos de uma minoria, seja ela representada pelo próprio Estado, seja a pertencente aos detentores particulares dos meios de produção.

Em seu filme “Tempos Modernos” (EUA, 1936), Charles Chaplin ironizava os benefícios da indústria automatizada e denunciava as condições indignas dos trabalhadores. A película deixou no ar a pergunta: a racionalização do trabalho e a produção de bens em série serviriam a toda a sociedade ou simplesmente a tornaria escrava da própria industrialização?

Afinal, um dos objetivos do progresso industrial e tecnológico é atingir o maior número possível de pessoas com bens e serviços, sejam eles essenciais ou não, realizando uma distributividade geral desses bens e serviços na sociedade. Para que esse progresso reverta em favor de todos, o direito intervém no meio social, regulando a distribuição da riqueza material e cultural, pretendendo assim realizar uma igualdade substancial entre as pessoas de uma comunidade.

A Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919 foram as primeiras Cartas constitucionais a considerar expressamente direitos sociais específicos, voltados a contrabalançar o liberalismo exacerbado que predominou ao longo do Século XIX. Estava criado o Estado Social de Direito, um novo modelo jurídico interventivo que impõe prestações positivas ao Poder Público e aos detentores dos meios de produção como forma de melhorar as condições de vida do povo.

No Brasil, as leis trabalhistas e previdenciárias surgidas no final do Séc. XIX e nas primeiras décadas do Séc. XX, consolidadas em um único diploma normativo em 1943, visavam proteger os direitos sociais mais elementares dos trabalhadores, e constituíram um marco importante na história dos direitos fundamentais em nosso País, com inegável repercussão no rol de direitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988.

Apesar das conquistas do povo brasileiro em inscrever em normas jurídicas os seus direitos sociais, muitos deles veem-se ainda em absoluto estado potencial, dependente da boa vontade do Estado em dar-lhes os efeitos práticos há muito ansiados pela sociedade.

No presente estudo, pretende-se revisitar o tema da eficácia jurídica das normas de direitos sociais na Carta de 1988, a partir de sua inserção entre os direitos fundamentais da pessoa humana, enfatizando o seu caráter realizador da dignidade e superando sobretudo o

dogma da simples programaticidade desses direitos, de modo a acentuar o que Konrad Hesse denominou como “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991).

2. A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

De acordo com a dogmática sedimentada no último meio século, todas as normas constitucionais são aplicáveis de imediato, têm eficácia jurídica. Esta eficácia pode ser maior ou menor, conforme necessitem ou não de normas complementares que lhes determinem o conteúdo. Portanto, os efeitos da norma constitucional podem ou não ser imediatos quanto ao objeto que regula, conforme o seu grau de eficácia.

Há o consenso doutrinário de que todas as normas constitucionais, mesmo as dependentes de complementação, sempre algum efeito produzem no mundo jurídico, ou seja, não são completamente destituídas de alguma força jurídica. Conforme acentua José Afonso da Silva, “não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada” (SILVA, 2012, p. 81).

Gomes Canotilho compartilha do mesmo entendimento, citando Garcia de Enterría:

“todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente de ato de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, ‘simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor’ (Garcia de Enterría)” (CANOTILHO, 2003, p. 1177).

Os efeitos jurídicos iniciais da norma constitucional são o de revogar a ordem jurídica até então vigente e o de vincular a ação futura dos poderes públicos, o que já demonstra a eficácia jurídica imediata de toda norma constitucional. Mas a sua aplicabilidade aos casos concretos, ou seja, a sua eficácia no campo material, pode depender de outra norma que a complemente, daí surgindo a divisão entre normas de *aplicabilidade imediata* e normas de *aplicabilidade limitada*.¹⁻²

¹ José Afonso da Silva distingue “eficácia” de “aplicabilidade”, mas ressalta que são fenômenos conexos e simultâneos, vistos por prismas diferentes: a eficácia é a potencialidade da norma, a capacidade de produzir efeitos, e a aplicabilidade é a sua realizabilidade prática, possibilidade de aplicação concreta, que depende da capacidade de produzir efeitos (obra citada, p. 59).

² Diversos autores fazem outra distinção relevante, desta vez entre a “eficácia e aplicabilidade jurídica” e a “efetividade” da norma. Essa última seria a eficácia social, o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, ou seja, o seu cumprimento efetivo pela sociedade. Confira-se: REALE, 1965, p. 406; BARROSO, 2003, p. 85; SARLET, 2015, pp. 244-246.

2.1. A classificação tradicional das normas constitucionais segundo a sua aplicabilidade

A doutrina brasileira anuncia duas classificações tradicionais para as normas constitucionais conforme a sua *eficácia* ou *aplicabilidade*.³

A primeira baseia-se na doutrina norte-americana, entre normas *self-executing* ou *self-enforcing* (normas autoexecutáveis) e normas *not self-executing* ou *not self-enforcing* (normas não autoexecutáveis). Essa divisão foi seguida por Rui Barbosa (normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis) e Pontes de Miranda (normas bastantes em si e não bastantes em si), e pode ser assim decomposta (SILVA, 2012, pp. 73-76):

a) normas autoexecutáveis ou bastantes em si - são as autoaplicáveis, que não dependem da complementação de outras normas para que se tornem exequíveis. Ex.: férias acrescidas de 1/3 (art.7º, XVII) e os direitos e garantias fundamentais (art.5º, §1º);

b) normas não autoexecutáveis ou não bastantes em si - não são autoaplicáveis, dependendo da complementação de outras normas para que se tornem exequíveis. Ex.: participação nos lucros ou resultados "conforme definido em lei" (art.7º, XI); aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, "nos termos da lei" (art.7º, XXI).⁴

A segunda divisão, consagrada no direito constitucional, é a de José Afonso da Silva, que propõe uma classificação tripartida para a *eficácia* das normas constitucionais (SILVA, 2012, pp. 81-86):

a) normas constitucionais de eficácia plena - são as de aplicação imediata, direta e integral, independente de qualquer espécie de legislação infraconstitucional para a sua inteira operatividade. Ex.: arts. 1º, 2º e 5º da Constituição Federal de 1988;

b) normas constitucionais de eficácia contida - também são aquelas de aplicação imediata e direta, mas que podem ter o seu alcance reduzido pela atividade do legislador infraconstitucional. Ex.: art.5º, XIII - é livre o exercício de trabalho, ofício ou profissão, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". O direito é exercível de imediato, mas a lei posterior pode limitá-lo, estabelecendo condições para a sua fruição.

³ Registre-se a existência de outras classificações segundo o grau de eficácia da norma constitucional, cuja exposição omitimos em razão dos limites estreitos do presente trabalho. Expuseram classificação própria, em especial, José Horácio Meirelles Teixeira; Celso Bastos e Carlos Ayres Brito; Manoel Gonçalves Ferreira Filho; e Maria Helena Diniz. (Confira-se: CUNHA JUNIOR, 2008).

⁴ José Afonso relata a impropriedade desta divisão para os dias atuais, pois, na origem, as normas não autoaplicáveis não possuíam o timbre da imperatividade, concepção esta já ultrapassada no pensamento contemporâneo (obra citada, p. 75). Não obstante, por razões históricas e didáticas, mantém-se a divisão classificatória, com a ressalva em questão.

Ressalte-se que a legislação restritiva não pode asfixiar o direito constitucional, devendo atender a um conteúdo mínimo;

c) normas constitucionais de eficácia limitada - são as que dependem da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador, integrando-lhes a eficácia, dê-lhes capacidade de execução, regulamentando os interesses visados. Ex.: direito de greve dos servidores, "exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica" (art.37, VII).⁵

As normas constitucionais de eficácia limitada subdividem-se em:

c.1) normas declaratórias de princípio institutivo: são aquelas que dependem de lei para dar corpo a instituições, pessoas e órgãos previstos na Constituição. Elas estabelecem um esquema geral de estruturação e atribuições de órgãos e entidades, ficando a cargo do legislador a regulamentação. Ex.: lei complementar para a criação de novos Estados, exigida pelo art.18, §3º.

c.2) normas declaratórias de princípio programático: são as que estabelecem programas, metas e princípios a serem desenvolvidos pelos órgãos do Estado mediante legislação infraconstitucional, que integrará a vontade constituinte. Ex.: direito à educação - art.205. Essas normas programáticas estabelecem um dever legislativo, cuja omissão pode provocar a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º.) ou mandado de injunção (art. 5º., LXXI). Por outro lado, também impedem a edição de normas infraconstitucionais contrárias a seu mandamento e revogam aquelas contrárias a seus princípios, o que denota certa eficácia jurídica imediata destas normas. Por isso são qualificadas como *comandos-valores* (HOLTE, 2007, p. 59).

Diante das peculiaridades das normas constitucionais programáticas, a ensejar discussões sobre a sua aplicabilidade jurídica e social, e tendo em vista a frequência com que foram utilizadas na enunciação de direitos fundamentais sociais, convém deter-se um pouco mais sobre elas para, mais adiante, enfrentar a problemática do grau de sua eficácia.

2.2. As normas constitucionais programáticas e sua eficácia

⁵ Foi esta, inclusive, a posição adotada pelo STF no Mandado de Injunção n. 438-2/GO (rel. Min. Néri da Silveira, DJ 16.6.95). Interessante notar, todavia, uma mudança de orientação sobre o tema no STF, que passou a valorizar o direito fundamental de greve dos servidores públicos, considerando-o de eficácia imediata, mesmo inexistente a lei específica, determinando ainda que, enquanto a lei não for editada pelo Congresso Nacional, aplicar-se-á por analogia a lei geral de greve – Lei 7783/89 (cf. Mandado de Injunção n. 670/ES, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007).

Nas palavras de Paulo Bonavides, a norma programática tem uma fragilidade típica, suscitando dúvidas a respeito de sua eficácia e juridicidade. Todavia, é a que melhor reflete a densidade dos valores em circulação e mudança na sociedade, e por isso mesmo acaba se mostrando mais fraco e impreciso o seu caráter técnico-jurídico (BONAVIDES, 2000, P. 219).

Essa alta densidade de valores acompanhada de baixa densidade normativa não quer dizer que a norma programática seja destituída de eficácia jurídica, cujo surgimento ficaria a depender da ação legislativa. Conforme destacado, não há norma constitucional despida de força normativa e de eficácia jurídica, inclusive no que respeita aos programas e fins determinados pela Constituição Federal.

Em primeiro lugar, a norma programática revoga de pronto a legislação infraconstitucional que com ela conflite. Além disso, vincula comportamentos públicos futuros, impondo ao legislador um agir estatal, cuja manifestação não pode contrariar o comando constitucional. Também obriga o administrador, de imediato, a se conduzir em conformidade com os valores recepcionados pela norma, e o julgador a respeitar os seus termos, decidindo de acordo com o seu sentido e conteúdo. Assim, ainda que careça de complementação normativa para produzir plenos efeitos, ela por si só é capaz de invalidar atos jurídicos preexistentes ou subseqüentes que com ela contrastem.

O caráter vinculante e impositivo das normas programáticas vem sendo acentuado há várias décadas pelos estudiosos da eficácia das normas constitucionais. Nesse sentido, Paulo Bonavides reproduz as palavras de Vezio Crisafulli (Itália, 1952), que conceituava as normas constitucionais programáticas como “aquelas mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido a seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar, nos modos e formas da respectiva atividade” (*apud* BONAVIDES, 2000, p. 222)

Trata-se, portanto, de acordo com o doutrinador italiano, de um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e inserido em norma constitucional, provido assim de eficácia prevalente em relação às normas infraconstitucionais. O mesmo Crisafulli vê nas normas constitucionais programáticas uma dupla eficácia: a eficácia imediata e a mediata. Como não regulam diretamente a matéria, mas sim a atividade estatal concernente a ditas matérias, o seu objeto imediato é o comportamento estatal, e só mediatamente visam àquelas determinadas matérias.

Canotilho igualmente ressalta que as normas programáticas possuem “um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição”, já que

“qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político.” Traça ele as características do que considera “a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas”, as quais expomos sumariamente: (1) a vinculação do legislador à realização da norma (*imposição constitucional*); (2) a vinculação de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes quando da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) a vinculação dos poderes públicos a título de limites materiais negativos, sendo inconstitucionais os atos que as contrariem (CANOTILHO, 2003, p. 1177).

Portanto, no plano da eficácia jurídica, as normas constitucionais programáticas funcionam como um vetor da atuação dos poderes públicos, que ficam condicionados em suas atividades aos parâmetros e imposições por elas estabelecidos, não podendo contrariá-las, sob pena de inconstitucionalidade do ato positivo produzido ou de inconstitucionalidade pela omissão praticada.

2.3. A classificação das normas constitucionais segundo a imediata geração de direitos à pessoa

Numa visão crítica, porém não excludente à classificação tradicional das normas constitucionais sob o ponto de vista de sua eficácia e aplicabilidade, Celso Antonio Bandeira de Mello propõe uma decomposição baseada na *imediate geração de direitos para os administrados*. Segundo ele, a utilidade do critério está em “identificar as distintas posições jurídicas em que os administrados se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais” (MELLO, 2011, p. 17).

Trata-se de uma classificação que enfoca a densidade do direito subjetivo contido na norma, entendendo o autor que:

“(…) em inúmeros casos as normas de eficácia plena são, precisamente, as que conferem a posição jurídica mais débil para os administrados. Esta espécie de normas tem a peculiaridade de poder gerar tanto a posição jurídica mais forte para os cidadãos quanto a posição jurídica mais fraca. Basta pensar-se na regra do art. 22, I, da Constituição, segundo a qual compete à União legislar sobre direito civil ou comercial, *verbi gratia*. É norma de eficácia plena. Surte, de logo, todos os seus efeitos, que são, precisamente, os de investir a União no poder de editar tais regras. Sem embargo, por força deste preceptivo os administrados não colhem direito algum, exceto o de que tal legislação, sendo editada, só o seja pela União. Vale dizer: os cidadãos não sacam desta regra qualquer utilidade ou benefício. (...)” (MELLO, 2011, p. 18).

Partindo desse critério da maior ou menor geração de direitos subjetivos imediatos à pessoa, Celso Antonio estabelece três espécies de normas constitucionais:

a) a que outorga um “poder jurídico” em sentido estrito (“poder-direito”), ou seja, que cria uma situação subjetiva ativa cuja fruição independe de uma prestação alheia, a exemplo do direito de ir e vir, da inviolabilidade de domicílio, do direito à vida, que não requerem atuação alheia, mas sim uma abstenção, criando uma posição jurídica imediata e exigível, que prescinde de regramento posterior;

b) a que gera uma utilidade concreta imediata e exigível, um direito em sentido estrito, cuja fruição depende de uma prestação alheia, em que a norma constitucional determina uma conduta de outrem, geralmente do Estado, que dê concreta satisfação à utilidade deferida ao administrado, a exemplo do ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas (art. 210, §1º., CF/88);

c) a que estabelece uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem, contudo apontar os meios para atingi-la, em que a fruição do bem jurídico não é imediata nem exigível, mas confere ao administrado o direito de opor-se a comportamentos contrários ao preceito e de obter em juízo uma decisão orientada no mesmo sentido da norma. Exemplo a proteção do Estado à família (art. 226, CF/88).

A classificação proposta por Celso Antonio, apesar da excelência didática, não traz nenhuma novidade substancial para a teoria da eficácia das normas constitucionais no seu aspecto objetivo, de imperatividade da norma, apontando, com outras palavras e em relação às espécies “a” e “b” acima, o que Robert Alexy denomina de “Sistema de Posições Jurídicas Fundamentais”, cuja teoria divide as posições jurídicas entre (i) os “direitos a algo” – desdobrados entre os direitos a ações negativas (direitos de defesa) e direitos a ações positivas (a prestações em sentido amplo: ações fáticas ou ações normativas); (ii) as “liberdades jurídicas” de fazer ou não fazer (liberdade de agir ou não agir); e (iii) as “competências”, que permitem a criação de atos jurídicos e a modificação de posições jurídicas (ALEXY, 2002, pp. 173-240).

No que respeita à espécie “c”, trata-se indubitavelmente das chamadas “normas programáticas” e de sua vinculação jurídica imediata, já tratada de longa data pela doutrina nacional e estrangeira.

O que se pode concluir da classificação proposta por Celso Antonio é que, mais uma vez, as normas constitucionais possuem eficácia jurídica variante, iniciando-se por um grau mínimo de eficácia, em que, mesmo a norma necessitando de integração de conteúdo por outra norma, o seu preceito vincula a atuação presente e futura de todos os Poderes do Estado

e também de particulares, como ocorre com as chamadas normas programáticas, ou então já possuem eficácia em grau máximo, em que o seu conteúdo deontológico dispensa a atuação intermediadora do legislador, detendo a norma constitucional densidade forte e suficiente para, por si mesma, produzir todos os efeitos jurídicos almejados.

3. AS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA EFICÁCIA JURÍDICA

Os *direitos fundamentais* são aqueles indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual (PINHO, 2001, p. 54). São assentados, portanto, na liberdade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana, postulados essenciais para o desenvolvimento da pessoa. Seu objetivo é criar e manter os pressupostos elementares para uma vida calcada na liberdade e na dignidade humana. Pérez Luño considera-os

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 2010, p. 50).⁶

Os direitos fundamentais são reconhecidos e protegidos pelo Direito Internacional, que os qualifica como "direitos humanos", de caráter universal, inerentes à própria condição humana (ex.: Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966; Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José, 1969).

No pensamento de Carl Schmitt (Alemanha, 1954), a caracterização formal dos direitos fundamentais demanda uma previsão expressa na Constituição do país, atribuindo-lhes um grau mais elevado de garantia ou de segurança, de forma a tornar-lhes imutáveis ou pelo menos ter dificultada a sua mudança (*apud* BONAVIDES, 2000, p. 515).

Historicamente, os documentos mais importantes no reconhecimento dos direitos fundamentais são a *Magna Carta* (Inglaterra, 1215), que impôs restrições ao poder absoluto do monarca; A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (França, 1789), na qual foram cunhados os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade; e a *Declaração Universal*

⁶ Tradução livre. No original: "(...) un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional."

dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que buscou universalizar os postulados da liberdade e da dignidade humana.

Os direitos fundamentais foram se desenvolvendo ao longo do tempo, com a paulatina e constante incorporação de novos direitos ao conceito. Não obstante, a Revolução Francesa de 1789 exprimiu com exatidão os princípios cardeais de todo o conteúdo dos direitos fundamentais, embora nem todos tenham sido realizados na época: *liberdade, igualdade e fraternidade*. São três dimensões sucessivas que passaram a ser institucionalizadas gradativamente pela ordem internacional e nacional dos Estados.⁷

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão traduzem o ideal da *liberdade*. São os **direitos civis e políticos**, de conteúdo individual. São limites impostos à atuação do Estado e geralmente correspondem a uma prestação negativa, um não fazer do Estado, uma abstenção (são denominados, portanto, de “direitos negativos”, “direitos de defesa” ou “liberdades públicas negativas”). Ocasionalmente podem também se apresentar como um direito individual a uma ação positiva do Estado de proteção do *status libertatis*, como exemplo o dever estatal de realizar o acesso à justiça e o de garantir a liberdade de ir e vir das pessoas por meio da segurança pública.

Importante notar que esta categoria já ressalta a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. O cidadão passa a ter direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra a própria ingerência deste (ex.: liberdade de locomoção; inviolabilidade do domicílio).⁸

Os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão fundam-se no ideal da *igualdade*. São os **direitos sociais, culturais e econômicos**, de fruição individual ou pertencente a coletividades determinadas (ex.: classes de trabalhadores). Surgiram intensamente durante a primeira metade do século XX, como expressão do Estado Social de Direito, que prima pela igualdade material entre os indivíduos, mitigando o liberalismo excessivo predominante nos séculos XVIII e XIX. Caracterizam-se por exigir do Estado – ou de particulares⁹ – uma prestação material, positiva, com vistas a melhorar as condições de

⁷ Consta que Karel Vasak, jurista tcheco-francês, ao proferir aula inaugural em Estrasburgo no ano de 1979, utilizou-se dos lemas da Revolução Francesa para determinar as sucessivas gerações ou dimensões de direitos humanos, concepção que se difundiu pelo mundo. Confira-se em: BONAVIDES, obra citada, p. 517.

⁸ Muitas vezes o exercício de direitos fundamentais se dá por meio de pessoas jurídicas (associações, fundações, sociedades empresariais etc.), às quais se reconhece, ao lado das pessoas naturais, a titularidade destes direitos.

⁹ Os direitos fundamentais em geral, sejam os de liberdade ou os de igualdade, também exigem uma ação ou abstenção de outras pessoas, e não só do Estado, como, por exemplo, o dever de respeitar a inviolabilidade do domicílio alheio, a proibição de ataque à vida ou à saúde de outrem (salvo em casos excepcionais, previstos na Constituição ou na lei), ou a obrigação de dar certas verbas trabalhistas – férias e seu adicional, salário mínimo, participação nos lucros etc. Esse dever dos particulares de respeito e de participação na realização dos direitos fundamentais vem sendo tratado pela doutrina sob o rótulo de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

vida e de trabalho do povo, sem perder de vista a sua função individual (ex.: salário mínimo; férias remuneradas; previdência social). Podem significar também direitos sociais de *defesa*, também denominados “liberdades sociais”, a exigir uma abstenção, como o respeito ao direito de greve dos trabalhadores. A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a consagrar alguns direitos sociais em prol da classe trabalhadora, seguida da Constituição alemã de 1919.

Paulo Bonavides, baseado nos estudos de Carl Schmitt, assinala um importante aspecto da proteção dos direitos sociais. Segundo ele, com o surgimento do Estado Social de Direito, despertou-se para o reconhecimento de direitos transindividuais, que saíram da esfera meramente individual, típica do liberalismo clássico, e passaram a ser enxergados numa dimensão mais coletiva, a demandar a sua proteção por **instituições**, criando assim a necessidade de **garantias institucionais**, que resguardam o exercício dos direitos sociais, além, é claro, de favorecer uma maior amplitude aos direitos de liberdade (BONAVIDES, 2000, pp. 518-522)¹⁰. Nesta categoria entram, por exemplo, as garantias do magistério, de forma a melhor proteger o direito à educação; os institutos de previdência social, com a missão específica de gerir e pagar as prestações previdenciárias e assistenciais; a previsão de delegatários de serviços públicos, para facilitar o acesso e o exercício de prestações materiais primariamente a cargo do Estado (como no caso das escolas e universidades particulares e dos hospitais privados).¹¹

O que se observa presentemente, na linha pensada por Norberto Bobbio, é a preocupação com a “proteção efetiva” dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2004, p. 16), incluindo os sociais, o que leva a atribuir tal proteção, em face dos princípios da fraternidade ou da solidariedade, não somente ao Estado, mas também a pessoas físicas e entidades privadas.

Os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão são assentados sobre o ideal da *fraternidade*. Como destaca Paulo Bonavides, são os **direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e à propriedade sobre o patrimônio da humanidade**, em que o seu destinatário é o gênero humano, dado o alto teor de humanismo e universalidade desses direitos (BONAVIDES, 2000, p. 523).

Para os direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, a Constituição Federal deixa expresso esse dever, como se extrai, v.g., do art. 7º. da Carta de 1988. Confira-se, a propósito: GOZZO, 2012.

¹⁰ No mesmo sentido pronuncia-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição de serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto.” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 51).

¹¹ Interessante anotar que Ferreira Filho, na citada obra, registra que o art. 205 da Constituição, no tocante ao direito social específico à educação, inclui no polo passivo, ou como sujeito passivo do direito à educação, a instituição “família”, ao lado do Estado (idem, *ibidem*, p. 108).

O que caracteriza esta terceira dimensão não é só o caráter transindividual do direito fundamental, mas também a indeterminabilidade dos seus beneficiários, não se restringindo a um indivíduo ou a um grupo de pessoas certas, como ocorre na primeira e na segunda dimensões. Por isso são chamados de *direitos difusos* ou *coletivos em sentido amplo* (SARLET, 2015, p. 49; FERREIRA FILHO, 2012, p. 64).

Não há que negar a existência desses direitos, já consagrados em diplomas normativos.¹² Cabe lembrar, por outro lado, que estes mesmos direitos difusos implicam em direitos individuais ou sociais quando violados. Veja-se, por exemplo, o direito difuso à integridade do meio ambiente (art. 225, CF/88). Ocorrida uma degradação ambiental de grandes proporções (como aquela observada em vazamentos de petróleo no mar), a par da violação de interesses difusos, também podem ser afetados direitos individuais de liberdade (direito à vida, à integridade física, à locomoção) e direitos sociais (direito à moradia, ao trabalho sem risco, ao lazer etc.), os quais igualmente são passíveis de reparação ou reintegração.

Alguns autores mencionam os **direitos fundamentais de quarta geração ou dimensão**, surgidos a partir do fenômeno político e econômico da *globalização*, segundo Paulo Bonavides (obra citada, p. 524). A globalização acarretaria uma normatividade de aplicação universal, comum a todos os Estados e povos. Daí o **direito ao regime democrático**, o **direito à informação** e o **direito ao pluralismo**, todos alusivos a uma democracia plena, da qual depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.

Para Norberto Bobbio, o direito fundamental de quarta geração refere-se mais especificamente à *proteção do patrimônio genético* (BOBBIO, 2004, p. 9). Visa proteger e regular toda forma de manipulação genética que acarrete conseqüências para o Homem: inseminação artificial, alimentos transgênicos, clonagem e outros ramos da engenharia genética. No Brasil, a Lei de Biossegurança, por exemplo, proibiu a clonagem humana (Lei n. 11.105/05).

Nesta quarta dimensão, o foco continua sendo a proteção do ser humano, mas na sua projeção transnacional, como pessoa de interesse universal, uma espécie de “cidadão do mundo”, merecendo assim o resguardo da ordem jurídica nacional e internacional para o pleno exercício de suas liberdades civis e políticas já conquistadas ou em vias de conquistar,

¹² Confira-se, a título de exemplo, a definição de direitos difusos e a sua proteção na via judicial pelo artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90. Também a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral da ONU em 1986.

porém otimizadas por mecanismos cada vez mais participativos, como o da democracia direta, por exemplo. Na concepção de Bobbio, cuida-se de proteger as características biológicas originais do homem e da natureza, regulamentando as manobras científicas que retirem a originalidade do ser, as quais às vezes nem mesmo contribuem para o progresso da humanidade, assim resguardando bens jurídicos que transitam entre a dignidade biológica do ser humano e a higidez do meio ambiente.

Todas as gerações e dimensões de direitos fundamentais encontram-se presentes na Constituição Federal de 1988, que deu especial proteção a eles, declarando-os expressamente em diversos dispositivos da Carta (ex.: arts. 1º. a 17; 170 e 193), instituindo mecanismos jurisdicionais de proteção através do controle concentrado de constitucionalidade, da ação civil pública e dos remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção e ação popular), e conferindo-lhes excepcional estabilidade jurídica por meio de cláusula pétrea (art. 60, §4º., IV).

Qual seria a eficácia jurídica de tais normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais? Possuem todas elas eficácia normativa plena, ou seja, aplicabilidade imediata, segundo a divisão proposta por José Afonso da Silva, de forma a permitir o gozo imediato desses direitos pela pessoa, ou demandam regulamentação própria através de lei, que esclareça e delimite o conteúdo do direito constitucional, caracterizando-se então como normas de eficácia limitada?

Sob o ponto de vista histórico, as constituições contemporâneas, editadas desde a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* da Revolução Francesa (1789) e a *Declaração de Direitos* norte-americana (1776), sempre procuraram proteger com a máxima eficácia os direitos fundamentais individuais da pessoa humana contra o arbítrio do Estado, impedindo que este investisse de maneira desproporcional e irrazoável nos direitos de liberdade da pessoa, razão pela qual tais direitos são considerados de *primeira geração*, que antecedem na evolução histórica os direitos sociais e coletivos.

Com a nossa Carta de 1988 não foi diferente. Fiel à tradição histórica mundial, e até seguindo uma lógica referente à própria razão de ser de um documento constitucional de organização política de um povo, a Constituição Republicana de 1988 não só consagra os chamados “direitos de liberdade”, de primeira geração, como os protege de maneira efetiva, a eles atribuindo eficácia normativa plena, aplicabilidade imediata e direta, extraída do próprio texto constitucional, dispensando qualquer espécie de regulamentação infraconstitucional para a sua operatividade, como se extrai de seu art. 5º., §1º (“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Nota-se, porém, que o texto foi mais longe: prevê a aplicabilidade imediata a todo e qualquer direito fundamental, seja individual, social ou coletivo, de qualquer das gerações acima tratadas. Assim prevendo, manifestou o propósito de que as normas de direitos fundamentais projetassem efeitos plenos e imediatos no campo material, impondo a realização dos direitos nelas tratados.

Em que pese a abrangência da previsão, numa interpretação lógica, sistemática e teleológica de outros dispositivos constitucionais de mesma hierarquia normativa do art. 5º., §1º., conclui-se que esta imposição vincula-se aos direitos fundamentais cuja materialização pode ser extraída diretamente do texto constitucional, sem a necessidade da intermediação legislativa.

Aparentemente, a posição tópica do artigo 5º., §1º., na Carta de 1988, poderia levar à suposição de que o seu alcance dirige-se especificamente aos direitos individuais e coletivos do próprio artigo 5º., mas esta conclusão é falsa diante de seus termos expressos, e a questão torna-se ainda mais intrincada ao nos depararmos com normas do próprio catálogo do art. 5º. que requerem a manifestação do legislador para a plenitude de sua eficácia e aplicabilidade, como aquela do inciso XXXII (“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), que só veio a se realizar por completo com a edição da Lei 8.078/90, dada a sua visível eficácia limitada, por exigir a manifestação do legislador para a uma promoção mais completa da defesa do consumidor.

Quanto aos *direitos fundamentais sociais*, previstos ao longo do texto constitucional, em especial nos artigos 6º. a 11 e 193 a 230, várias normas a eles relativas possuem aplicabilidade imediata, a exemplo das férias anuais remuneradas com adicional de um terço (art. 7º., XVII), a liberdade sindical (art. 8º., I) e o direito subjetivo ao ensino básico (art. 208, §1º.). Há também normas de direitos sociais com aplicabilidade imediata, mas restringível por lei – eficácia contida –, a exemplo do direito social de greve (art. 9º. e parágrafos), em que, a par da faculdade de ser exercido plenamente pelos trabalhadores, a lei pode vir a determinar restrições em razão de serviços ou atividades essenciais, como consta expressamente da Lei n. 7.783/89. Porém, outras tantas normas de *direitos fundamentais sociais* encontram-se dependentes da atuação integrativa do legislador, aguardando a regulamentação legal pertinente para o seu pleno exercício, constatação que nos obriga a determinar o real alcance do artigo 5º., §1º., da nossa Constituição Federal.

Conforme ressalta José Afonso da Silva, o art. 5º., §1º.,

abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º. a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição

mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta. (SILVA, 2012, p. 165)

O fato é que alguns direitos fundamentais sociais previstos na Constituição são de difícil, senão impossível, realização imediata, por se referirem a políticas públicas em fase de concretização, ou por dependerem mesmo de uma disciplina normativa mais detalhada para a sua fruição. Por exemplo, o salário mínimo, direito fundamental de trabalhadores urbanos e rurais previsto no artigo 7º., IV, da Carta de 1988, demanda a sua fixação em lei, sem a qual não é possível a sua operatividade, apesar do texto constitucional delimitar claramente os seus parâmetros econômicos mínimos, a permitir a discussão em juízo de sua expressão monetária. O direito à moradia, expresso no art. 6º., só é fruível se houver políticas públicas voltadas à sua efetivação concreta, havendo que reconhecer que a Constituição, neste ponto, apenas determina aos órgãos do Estado um programa de ação pública, estando longe de garantir a cada indivíduo ou sua família a efetiva e concreta titularidade de uma unidade habitacional.

Assim, conclui-se que os *direitos fundamentais* previstos na Constituição Republicana brasileira, de todas as dimensões tratadas, são enunciados por normas que possuem diferentes eficácias jurídicas, a depender da forma e do conteúdo que cada direito constitucional foi declarado. Há normas de *eficácia plena e aplicabilidade imediata e integral*, que não dependem de qualquer regulamentação legal para a sua fruição, a exemplo da inviolabilidade de domicílio (art. 5º., XI), do sigilo epistolar (art. 5º., XII, primeira parte) e do direito de livre locomoção em tempo de paz (art. 5º., XV). Por outro lado, depara-se também com normas de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, mas cujo alcance pode ser *restringido por lei*, como é o caso da liberdade de exercício de trabalho ou profissão (art. 5º., XIII), em que a lei pode estabelecer certas qualificações prévias para o seu exercício. Por fim, há várias normas de direitos fundamentais dependentes de regulamentação legal para o seu pleno exercício, quando for imprescindível a existência de outra norma que lhe dê eficácia completa, que lhe revele o conteúdo e o alcance jurídico, sendo então qualificada como uma *norma constitucional de eficácia limitada*, apesar da previsão expressa do art. 5º., §1º., da Constituição Federal.

Essa relativização do art. 5º., §1º., da CF/88, não quer dizer que se trate de norma decorativa, demagógica ou sem valor jurídico. Absolutamente. Como é sabido, não existem

normas jurídicas inúteis, pois todas estão inseridas num sistema normativo, contendo um valor e com vigência jurídica. Há que extrair da norma o seu preciso sentido e alcance, de forma a torná-la harmônica com o sistema em que inserida.

Ingo Sarlet, ao abordar o alcance do art. 5º., §1º., da CF, constata que esta norma deve ser interpretada de maneira peculiar, não podendo ser tomada como legitimadora da aplicabilidade imediata de todo e qualquer direito fundamental, especialmente em se tratando de direitos sociais. Partindo da distinção entre *direitos de defesa* (ligados à liberdade, de primeira geração ou dimensão) e *direitos a prestações* (de segunda geração ou dimensão), afirma que

Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia. (SARLET, 2015, p. 268).

O mesmo autor sustenta que o melhor sentido que se pode extrair daquele dispositivo é o seu *caráter principiológico*, “uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”, pois “(...) o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.” Leciona ainda que o preceito em exame possui o efeito de gerar “uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada” (idem, *ibidem*, pp. 278-279).

Para José Afonso da Silva, o disposto no art. 5º., §1º., significa que as normas que enunciam direitos fundamentais, ainda que algumas sejam dependentes de regulamentação adequada, possuem eficácia plena e aplicação imediata “até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para o seu atendimento” (SILVA, 2012, p. 165), ou seja, *na medida em que o conteúdo da norma revele a força que ela possui por si mesma para se tornar realidade*. Ademais, significa também que o direito fundamental nela contido pode ser exigido de imediato por qualquer legítimo interessado, mesmo sem regulamentação infraconstitucional, havendo que ser invocado o direito, neste caso, por ação judicial, cuja decisão integrará o conteúdo da norma constitucional.

Pondera-se ainda que os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações ou dimensões, por importarem quase sempre numa ação positiva (direitos a prestações materiais), principalmente do Estado, sujeitam-se a limites de exigibilidade pelo interessado, sobretudo em razão da insuficiência dos recursos orçamentários públicos para atender plenamente a todas as tarefas estatais.

Interessa neste estudo analisar mais amiúde a eficácia jurídica das normas constitucionais que encerram *direitos sociais*, perquirindo sobre o grau de sua eficácia, os limites de sua aplicabilidade e a possibilidade de sua realização por meio da atuação jurisdicional.

3.1. As normas de direitos fundamentais sociais e sua eficácia jurídica

Retomando o conceito, os *direitos fundamentais sociais* são aqueles previstos na Constituição Federal que buscam a realização da igualdade material, determinando uma ação estatal positiva em favor da pessoa humana, de modo a efetivar uma utilidade material considerada essencial à dignidade e ao bem-estar da pessoa.¹³

Robert Alexy os cataloga como “direitos a prestações em sentido estrito” em face do Estado, direito a algo “que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares” (ALEXY, 2002, p. 482). Chama-os de “prestações em sentido estrito” por entendê-los como um dever estatal de realização fática, de entrega de uma utilidade material (ex: saúde, educação e moradia), distinguindo-os das “prestações em sentido amplo”, que abrangem, além da prestação fática, o dever do Estado de proteção jurídica (ex.: direito penal) e o direito a organização estatal e ao procedimento (ex.: acesso à justiça e ações constitucionais), que não são propriamente *direitos sociais*, embora também possam protegê-los.

Embora Alexy saliente o “direito a prestações” como o “direito a algo em face do Estado”, sem dúvida que, diante do conteúdo da nossa Constituição de 1988, vários direitos fundamentais sociais são exigíveis também de particulares, como aqueles previstos em favor dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7º.) e os direitos educacionais em face de instituições privadas (artigos 206, 208 e 209), o que sugere a plena aplicação, no direito

¹³ Neste sentido leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “quando a eles se referem, as Constituições tendem a encará-los pelo prisma do dever do Estado, portanto, como poderes de exigir prestação concreta por parte deste.” (Obra citada, p. 50).

constitucional brasileiro, da já mencionada teoria alemã dos “efeitos horizontais dos direitos fundamentais”¹⁴, embora a regulamentação legal, quando exigida, fique a cargo do Estado.

Por serem direitos em permanente realização, há uma constante tensão ou conflito entre a liberdade de conformação do legislador na concretização destes direitos sociais e o direito subjetivo da pessoa de invocar e de receber a prestação devida. Assim, há uma colisão a ser resolvida entre o princípio da separação dos poderes, o princípio da legalidade orçamentária e o da máxima efetividade do direito fundamental social.

Num dos polos desta colisão de normas encontra-se a denominada “reserva do possível” (inspirada no brocardo latino “*ultra posse nemo obligatur*”), que representa a alegação de um limite fático e jurídico à imposição de novas despesas ao Poder Público, em face da limitação de recursos disponíveis e da gama de finalidades a serem supridas por eles. O limite fático diz respeito à efetiva disponibilidade de recursos para o atendimento de direitos ainda não regulamentados ou apenas parcialmente realizados; o limite jurídico refere-se à atribuição de competência jurídica para o atendimento de um determinado direito, e a prévia existência de autorização orçamentária necessária à realização de uma despesa específica (SARLET, 2015, p. 312).

A solução para o caso normalmente passa pela ponderação dos valores em conflito, definindo-se o valor preponderante pela técnica da proporcionalidade jurídica, denominada *princípio ou máxima da proporcionalidade*, nas suas 03 (três) vertentes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2002, pp. 111-115)¹⁵. Pela

¹⁴ Segundo propaga esta teoria constitucional, os direitos fundamentais, apesar de dirigidos em face do Estado, permitem ser invocados também diante de particulares, quando surgida uma lesão ou ameaça a direito fundamental por ato de pessoa privada. Como destacado por Ingo Sarlet, “Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. (...) reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídica-objetiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental.” (*A eficácia...*, pp. 392 e 399). Com relação às normas de direitos fundamentais sociais, várias delas não são dirigidas diretamente ao Estado, mas sim a particulares (a exemplo do rol do art. 7º.), daí não se podendo falar propriamente em efeitos reflexos (diretos ou indiretos) perante terceiros privados, mas pode ser mantida a noção de horizontalidade de um direito fundamental.

¹⁵ Gustavo Amaral, partindo da proporcionalidade constitucional, assim estabelece os parâmetros da *reserva do possível*: “A reserva do possível significa apenas que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha *desproporcional, imoderada ou não razoável* por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade. Haveria, em síntese, uma presunção de ilegalidade ou irregularidade da conduta estatal aparentemente desconforme com o programa ou regra constitucional ou legal, devendo a Administração Pública demonstrar suas razões, não como razões de estado, mas como razões de convencimento, sua motivação para a

adequação, verifica-se se o direito invocado é o meio mais indicado para atingir os objetivos almejados. Pela necessidade, examina-se a imprescindibilidade da medida, afastando-a se existir um meio menos gravoso de solução. Finalmente, ponderam-se os bens ou princípios constitucionais em conflito, verificando a pertinência concreta de superar um em favor do outro, num exame da relação prática custo-benefício.

Nos países cuja Constituição os direitos sociais não se encontram enunciados expressamente, como é o caso, por exemplo, da Alemanha, a solução do conflito torna-se mais complexa, adotando-se, no mais das vezes, aquela que melhor resulta da aplicação do princípio da proporcionalidade.¹⁶

A Constituição brasileira, por sua vez, ilumina mais claramente o caminho do intérprete na solução do conflito, reconhecendo expressamente um catálogo de *direitos sociais* (em especial: arts. 6º. a 11 e 193 a 230) e estabelecendo um valor superior aos *direitos fundamentais* em geral, já que os coloca em destaque topográfico, logo na abertura da Carta, dotando-os ainda de aplicabilidade imediata, independente da atuação do legislador, nos termos do art. 5º., §1º., e, quanto aos direitos de fruição individual, de alto grau de estabilidade jurídica, por força da cláusula pétrea do art. 60, §4º., IV.¹⁷

Assim, diante da superioridade axiológica dos *direitos fundamentais sociais* na Constituição de 1988, evidencia-se que alguma realização concreta há que ser feita pelo Estado brasileiro em prol de cada um desses direitos, descabendo a simples omissão deliberada, a negligência ímproba e até mesmo a alegação de ausência de recursos orçamentários disponíveis.

Inegável que, diante da aspiração constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, certos direitos subjetivos devem ser reconhecidos de imediato ao beneficiário da prestação, ainda que o direito social esteja em fase de realização e concretização.

Há direitos sociais que sequer demandam custos consideráveis ao Estado, especialmente quando se tratar de *prestações em sentido amplo*, como o dever de legislar sobre um direito a ser observado nas relações privadas (ex.: direito à participação nos lucros –

escolha de que interesses seriam sacrificados. Demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador.” (AMARAL, 2001, pp. 116-117).

¹⁶ Robert Alexy traz alguns exemplos extraídos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, baseados na teoria dos valores e dos princípios constitucionais. Obra citada, pp. 489-495.

¹⁷ É conhecida a discussão acerca do efetivo alcance do dispositivo que veda a supressão dos “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º., IV), havendo forte corrente doutrinária a sustentar que a cláusula não alcança todos os direitos fundamentais (vide, a respeito destas discussões, o apanhado feito por Ingo Sarlet, obra citada, pp. 440-446). Nada obstante, não há que negar que a expressão “direitos individuais” também abarca os direitos sociais constitucionais, na medida em que são fruídos individual ou coletivamente.

art. 7º., XI). Nestes casos, cumpre ao Estado, diante do inexpressivo impacto orçamentário, concretizar de imediato o dever de prestação social, sob pena de omissão inconstitucional. Já os direitos sociais a *prestações em sentido estrito*, que exigem, no mais das vezes, um benefício material a cargo do Estado, a barreira da “reserva do possível”, em casos de normas programáticas dependentes de regulamentação formal, encontra limites diante da essencialidade do bem pretendido para a realização da dignidade humana em grau mínimo, como é exemplo o direito assistencial à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência (art. 203, IV).

A par da exigibilidade imediata de alguns direitos fundamentais sociais, seja pela autossuficiência da norma constitucional para produzir os efeitos almejados, seja em razão de sua regulamentação legal, ou ainda em face da essencialidade da prestação para a dignidade da pessoa, acrescenta-se que a realização prática de todos os direitos sociais não pode ser relegada a uma condição incerta. Por receberem uma substancial carga valorativa da Constituição, derivada do Estado Social de Direito e da proteção aos vulneráveis (princípios fundados, em especial, nos arts. 1º., III; 3º., III e IV; 6º. a 11; 192 a 232), os direitos fundamentais sociais, quando inseridos em programas e finalidades dependentes de regulamentação legislativa, impõem ao Estado a sua efetiva realização ao menos de forma progressiva.

Esta característica de imposição concretizadora da norma programática de conteúdo social levou Flávia Piovesan a divisar uma principiologia própria dos direitos constitucionais sociais, desenvolvida a partir da observação das decisões proferidas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, assim retratada por ela (PIOVESAN, 2009, pp. 67-80)¹⁸:

(a) *princípio da observância do “minimum core obligation”*, correspondente a um direito ao “mínimo material existencial”, extraído do núcleo material da dignidade humana, que corporifica um conjunto das prestações básicas voltado a uma vida digna. As prestações do “mínimo existencial” se impõem como uma norma-regra, contra a qual não caberia a arguição de contenção da “reserva do possível”;

(b) *princípio da aplicação progressiva, do qual decorre a proibição de retrocesso social*, a impor aos Estados a obrigação de adotar ações concretas, deliberadas e objetivas, de

¹⁸ Ressalte-se que as decisões do referido Comitê Internacional, compiladas pela autora, são fundamentadas nas normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC). Além disso, dado o sentido obrigatório do referido Pacto apenas entre os Estados signatários, a principiologia retratada pela autora não alcança os efeitos horizontais entre particulares, tratados logo acima, embora possa servir de fundamento doutrinário para a sua aplicação neste âmbito.

modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais e, por consequência, evitar o retrocesso das medidas já alcançadas;

(c) *princípio da inversão do ônus da prova*, pelo qual o Estado, devendo adotar todas as medidas necessárias à realização dos direitos sociais, utilizando-se do máximo de recursos disponíveis, recebe o ônus de comprovar que a eventual não realização do direito social deveu-se a fatores estranhos ao seu empenho e dever de diligência;

(d) *princípio dos deveres dos Estados*, que realça as obrigações de respeitar, de proteger e de implementar os direitos sociais pelo Estado, inclusive impedindo que terceiros particulares violem estes direitos.¹⁹

Tomada essa principiologia em seu conjunto, somado aos propósitos do art. 5º., §1º., da CF/88, conclui-se que os efeitos jurídicos das normas constitucionais que veiculam *direitos sociais fundamentais* possuem um elevado grau de independência das normas infraconstitucionais, sugerindo que a sua eficácia típica é exigível ainda que tais direitos estejam contidos em normas de evidente conteúdo programático.

Assim, após constatado o conteúdo fundamental social de um determinado preceito constitucional, o que demanda perquirição é o *quantum* de eficácia jurídica que dele se pode extrair, isto é, até que ponto é possível colher certos direitos subjetivos diretamente da norma constitucional.

Seguramente que, em alguns casos, conforme já retratado, o próprio conteúdo normativo já releva toda a sua força jurídica, tratando-se de norma constitucional de *eficácia plena e aplicabilidade imediata*, tal aquela do art. 7º., XVI (direito a férias anuais remuneradas acrescidas de um terço do salário normal) ou a do art. 201, §6º. (direito dos aposentados e pensionistas a gratificação natalina com base nos proventos do mês de dezembro), ou ainda comando de *eficácia contida e aplicabilidade imediata*, a exemplo do direito de greve dos trabalhadores (art. 9º.), cuja conformação legislativa não pode macular o contorno essencial do direito fundamental, de pronto invocável.

Com relação às normas programáticas de conteúdo social, cuja eficácia é comumente classificada como *limitada*, com aplicabilidade *mediata ou indireta*, por dependente de regulamentação infraconstitucional (a exemplo do direito à alimentação, à

¹⁹ Os juristas Víctor Abramovich e Christian Courtis, da Universidade de Buenos Aires, igualmente examinando as decisões do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, vislumbraram os mesmos princípios obrigacionais dos Estados divisados por Flávia Piovesan, assim expostos por eles: (i) obrigação de adotar medidas imediatas de implementação dos direitos sociais; (ii) obrigação de garantir níveis essenciais desses direitos; (iii) obrigação de progressividade e proibição de regressividade (AMBRAMOVICH; COURTIS, 2014, p. 79).

moradia e ao lazer, previstos no art. 6º.), haveria, ultrapassando a suposição de mera eficácia limitada, um núcleo de prestações materiais essenciais garantido constitucionalmente à pessoa humana, representado pelo direito ao “mínimo existencial”, próprio do âmago da dignidade humana, e corporificado por um conjunto de prestações básicas indispensáveis a uma vida digna, a exemplo do direito à habilitação e reabilitação dos deficientes, inclusive com o pagamento de benefício pecuniário mensal aos mais carentes (art. 203, IV e V).

Tais prestações básicas humanitárias, oriundas do cerne da dignidade humana e efetivadoras do “mínimo existencial material”, são direitos subjetivos de fruição imediata, impondo-se como *norma-regra*, de aplicação absoluta, e não como *norma-princípio*, sujeita a juízos de ponderação, entre os quais a arguição da “reserva do possível”.

Assim o é porque a Carta de 1988, ao eleger como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana (art. 1º., III) e como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (art. 3º., I, III e IV), adotou, ao lado do regime democrático, as características do Estado Social de Direito (*Welfare State*), irradiando sua preocupação com o bem-estar geral e individual, de forma a legitimar o nascimento de direitos subjetivos sociais diretamente do texto constitucional, decorrentes do “minimum core obligation”, como efeito jurídico típico dos objetivos traçados, independente de ulterior detalhamento legal.

Num segundo plano, há o dever do Estado brasileiro de implementar progressivamente os direitos fundamentais sociais, se não como emanção do Estado Social previsto nos arts. 3º, 170 e 193 da Constituição Federal, também por força de obrigação assumida internacionalmente com a ratificação do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e com a sua adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.²⁰

Tal obrigação estatal, embora não revele a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais de direitos fundamentais sociais, faz eclodir, diante de uma omissão legislativa relativamente prolongada, o direito de exigir a implementação da prestação prometida, ajuizando a ação correspondente perante o Poder Judiciário. Haveria, portanto, diante da obrigação progressiva, uma espécie de “aplicabilidade imediata expansível” da

²⁰ O Brasil só aprovou o PIDESC muitos anos depois, pelo Decreto Legislativo n. 226/91, tendo sido incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto Federal n. 591/92. A CADH de 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi integrado à ordem jurídica nacional pelo Decreto Federal n. 678/92.

norma programática, exigível pelo decurso do tempo necessário à implementação gradativa do direito social.

O Supremo Tribunal Federal tem assentado o dever constitucional do Estado brasileiro em realizar os direitos sociais contidos em normas programáticas, inibindo a sistemática omissão legislativa e admitindo a exigibilidade da prestação por meio de ação judicial. Nesse sentido, vale transcrever trechos da decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental – ADPF n. 45, que tratou justamente da implementação de direitos fundamentais sociais em favor da população em geral:²¹

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, 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” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de

²¹ Mais especificamente, a ADPF n. 45 tinha por objeto a nulidade do veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) do ano de 2004, o que na prática reduziria a disponibilidade orçamentária para as ações e serviços de saúde em âmbito nacional, violando o art. 77 da ADCT, acrescentado pela EC n. 29/2000. A respectiva diretriz orçamentária acabou sendo restabelecida por novo projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo, o que tornou prejudicado o exame do mérito da ADPF 45. Mesmo assim, o relator aproveitou o ensejo para enfatizar os limites da alegação da “reserva do possível” e ressaltar a aplicabilidade imediata, ao menos naquilo que é essencial à pessoa humana, das normas programáticas de direitos fundamentais sociais ainda em fase de realização concreta.

tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.²²

Num terceiro aspecto, como consequência lógica e jurídica da implementação progressiva dos direitos sociais, proíbe-se ao Estado retroceder nas políticas públicas empregadas na concretização destes direitos.

Ingo Sarlet sustenta que o *princípio da proibição de retrocesso social* é implícito na Constituição de 1988, como decorrência de outros princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, quais sejam: (a) o princípio do Estado democrático e social de direito, que impõe um mínimo de segurança jurídica, impedindo retrocessos jurídicos de modo geral; (b) o princípio da dignidade humana, que garante um patamar mínimo de medidas concretas para a sua realização; (c) o princípio da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, que impediria medidas restritivas a esses direitos; (d) o princípio da proteção da confiança, a exigir a boa-fé do Estado nas relações com as pessoas, garantindo a estabilidade e a continuidade das relações já estabelecidas (SARLET, 2015, pp. 464-466).

Pondera-se, por outro lado, que os limites orçamentários impostos pela conjuntura econômica, especialmente em épocas de crise financeira do Estado, podem justificar uma readequação das prestações já realizadas “ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou de seus montantes” (MIRANDA, 2015, p. 571), projetando-se, em tal conjuntura, a sustentação da “reserva do possível”.

De fato, a realidade econômica pode afetar a concretização e a constância de direitos constitucionais sociais dependentes do financiamento público, mas o tema diz respeito mais propriamente à *efetividade* da norma constitucional, isto é, à sua observância prática ou seu cumprimento, não interferindo no grau de *eficácia jurídica* que dela pode ser extraído. Note-se que, na ponderação ou sopesamento de bens jurídicos, não importa o nível de aplicabilidade das normas em conflito, mas sim os valores que nelas estão contidos.

²² STF, ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, DJ 4.5.04.

Neste ponto, a mitigação do retrocesso social, quando este for inevitável diante de crises econômicas, fica garantida pela *aplicabilidade imediata parcial* da norma programática de direito social, com a observância de seu “núcleo essencial” relacionado ao “mínimo existencial material” necessário à realização da dignidade humana, que, como visto, impõe-se independente de qualquer regulamentação da norma constitucional. Assim a advertência de Gomes Canotilho:

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de Direito vinculativos da actividade legislativa e núcleo essencial dos direitos sociais. (CANOTILHO, 2003, p. 339).

A força normativa da Constituição e a eficácia jurídica de suas normas programáticas de conteúdo social vêm sendo reafirmadas sistematicamente pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a alegação da “reserva do possível” em favor da realização do conteúdo mínimo do direito fundamental, como se extrai da seguinte ementa de aresto:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA ‘RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES’ (OU DA ‘LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES’) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 –

Em suma, hodiernamente os *direitos fundamentais sociais* expressos na Constituição Federal são enxergados não só pela eficácia vinculante de suas normas, impositiva do comportamento dos poderes públicos e dos particulares em geral, mas também como um compromisso imediato e progressivo assumido pelo Estado brasileiro em favor do bem-estar coletivo e individual, cuja realização não pode ficar à mercê da voluntariedade dos órgãos competentes, reconhecendo-se, em favor destes direitos constitucionais, uma densidade normativa suficiente para dar-lhes imediata execução, em que pese a programaticidade encerrada pela maioria das normas que os veiculam.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, importando, quando menos, na inovação da ordem jurídica e na vinculação futura do Poder Público com os seus termos. Não obstante, os efeitos da norma constitucional podem ou não ser imediatos quanto ao objeto que regula, conforme o seu grau de eficácia.

Mesmo a norma constitucional programática, considerada de eficácia limitada por necessitar de norma superveniente que lhe integre o conteúdo e lhe dê capacidade de execução, regulamentando os interesses visados, vincula comportamentos públicos futuros, seja quanto à ação legislativa, seja quanto à concretização material das relações jurídicas ali tratadas. Além disso, ela é capaz de gerar a invalidade de leis preexistentes ou subseqüentes que com ela contrastem.

Os *direitos fundamentais* são protegidos com a máxima efetividade pela Constituição Federal de 1988, a eles atribuindo eficácia normativa plena e aplicabilidade imediata e direta, extraída do art. 5º, §1º, dispensando qualquer espécie de regulamentação infraconstitucional para a sua operatividade.

Em que pese o contido neste dispositivo constitucional, muitos dos *direitos sociais* previstos na Constituição, chamados de *direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão*, dependem de regulamentação legal adequada para o seu pleno exercício, já que a sua fruição demanda uma disciplina normativa que lhes dê conteúdo mais detalhado.

²³ AgR-ARE 745.745/MG, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 02/12/2014.

Não obstante, certos direitos subjetivos devem ser reconhecidos de imediato ao destinatário da prestação, ainda que o direito social esteja em fase de realização e concretização, como decorrência da pretendida aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º., §1º.) e do regime do Estado Social de Direito, modelo adotado pela Constituição brasileira de 1988 (especificamente: art. 1º., III; art. 3º., I, III e IV; arts. 6º. a 11; art. 170, “caput”, VII e VIII; e arts. 193 a 232), ao lado do regime democrático, para reger as bases das relações jurídicas em geral, públicas ou privadas.

O Estado Social qualifica significativamente o regime democrático, prevendo e impondo direitos sociais, econômicos e culturais em favor de todos e tornando certa a obrigação dos poderes públicos de realizar o bem-estar geral e individual, legitimando o nascimento de direitos subjetivos sociais diretamente do texto constitucional, independente de ulterior detalhamento legal.

Em alguns casos, o próprio conteúdo normativo já releva a sua completa força jurídica, tratando-se de norma constitucional de *eficácia plena e aplicabilidade imediata* (ex.: art. 7º., XVI - direito a férias anuais remuneradas acrescidas de um terço do salário normal), ou ainda de *eficácia contida e aplicabilidade imediata*, (ex.: art. 9º. - direito de greve dos trabalhadores), caso em que a liberdade de conformação legislativa não pode macular o contorno essencial do direito fundamental.

Com relação às normas programáticas de conteúdo social, cuja eficácia é comumente classificada como *limitada*, com aplicabilidade *mediata ou indireta*, por dependente de regulamentação infraconstitucional (ex.: art. 6º.), há, todavia, um núcleo de prestações materiais essenciais garantido constitucionalmente à pessoa humana, representado pelo direito ao “mínimo existencial”, próprio do cerne da dignidade humana e corporificado por um conjunto de prestações básicas indispensáveis a uma vida digna, cujo contorno ultrapassa a suposição de mera eficácia limitada, impondo-se como norma-regra absoluta e com aplicabilidade imediata, sob o manto superior do Estado Social de Direito e da força normativa da Constituição.

No contexto de uma principiologia própria dos direitos fundamentais sociais surgem as obrigações do Estado de adotar medidas imediatas de implementação desses direitos, ao menos num nível essencial de garantia individual (“minimum core obligation”), e de realizá-los de forma progressiva, evitando na maior medida possível o retrocesso social.

No que respeita à garantia do “mínimo material existencial”, observa-se que a norma programática de direito social possui uma “aplicabilidade imediata parcial” dedutível de seu

comando, dada a observância indeclinável de seu “núcleo essencial” necessário à realização imediata da dignidade humana.

Quanto ao dever de implementar progressivamente os direitos fundamentais sociais, tal obrigação estatal faz nascer, diante de uma omissão legislativa relativamente prolongada, o direito de exigir a implementação da prestação prometida, ajuizando a ação correspondente, como vem sendo reconhecido por sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, numa espécie de “aplicabilidade imediata expansível” da norma programática.

Assim, os direitos fundamentais sociais expressos na Constituição de 1988 devem ser vistos como um compromisso imediato a ser assumido e concretizado pelo Estado brasileiro em favor do bem-estar coletivo e individual, de modo constante e progressivo, independente da inação do legislador infraconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 1ª. edição, 3ª. reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo - org.. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMBRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. edição. 1ª. reimpressão. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7ª. reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOZZO, Débora. *Informação e direitos fundamentais. A eficácia horizontal das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLTE, Leo van. *Direito Constitucional*. 3ª. edição. Salvador: Edições Podivm, 2007.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª. edição. Madrid: Tecnos, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª. ed., 3ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV – direitos fundamentais. 6ª. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, pp. 67-80, outubro/2009.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1965.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2012.