

**Título: A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Autor: **Hewerstton Humenhuk** (acadêmico de 10<sup>a</sup> fase do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC – Campus de Joaçaba/SC e pesquisador bolsista em Iniciação Científica).

E-mail: [hewer@athila.com.br](mailto:hewer@athila.com.br)

Publicação e redação: julho de 2002.

## A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

**SUMÁRIO:** 1-Considerações iniciais acerca da teoria dos Direitos Fundamentais. 2- Os Direitos Fundamentais da primeira geração. 3- Os Direitos Fundamentais da segunda geração. 4- Os Direitos Fundamentais da terceira geração. 5- Os Direitos Fundamentais da quarta geração. 6- Delimitação Conceitual e Terminológica: Distinção entre Direitos Naturais, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 7- Os direitos Fundamentais como parte nuclear na Constituição em um Estado Social Democrático de Direito. 8- A Aplicabilidade Imediata e a Eficácia Plena dos Direitos Fundamentais. 9- Os Direitos Fundamentais como um Sistema Aberto e Flexível. 10- A Perspectiva Objetiva e Subjetiva dos Direitos fundamentais. 11- A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. 12- Referências bibliográficas.

### **1. Considerações iniciais acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais**

Para compreensão acerca da teoria dos Direitos Fundamentais, é necessário que se faça uma análise filosófica e histórica demonstrando a evolução dos direitos fundamentais através dos tempos.

A ligação primordial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, nos seus teores históricos e filosóficos, demonstrará a pertinência desses direitos, ao qual são inerentes da pessoa humana,

delineando toda sua universalidade como ideal. Segundo Bonavides, “a universalidade se manifestou pela vez primeira, com a descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.”<sup>1</sup>

Já em Maliska, encontramos que “a fase anterior aos acontecimentos do final do século XVIII é representada, no âmbito dos direitos fundamentais, pelas cartas e declarações inglesas.”<sup>2</sup>

A partir da Declaração francesa, notou-se que esta tinha um grau de abrangência muito mais significativo do que as declarações inglesas e americanas, posto que, conforme Bonavides:

... se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.<sup>3</sup>

Como se vê, a Declaração francesa designava um caráter humano de grande valia, assumindo sua universalidade. Demonstrava a carta, o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII, ao qual descreve José Afonso da Silva em sua obra que diz: “...dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal.”<sup>4</sup>

A partir desses momentos históricos inerentes aos direitos fundamentais, observa-se que ali os direitos do homem munidos também do direito de liberdade, ganharam força e legitimidade. Externar-se-á então dentro dos direitos fundamentais as características de direitos naturais,

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

<sup>2</sup> MALISKA, M. A. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p.39.

<sup>3</sup> BONAVIDES, P. *Op. Cit.*, p. 516.

<sup>4</sup> SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 161.

inalienáveis e sagrados, caracteres próprios das sociedades democráticas. É mister ainda que se note a enorme influência da Declaração francesa nas constituições ocidentais.<sup>5</sup>

Assim, as cartas de características eminentemente liberais, eram limitadas através da autoridade do Estado, designando desta forma separar os poderes nas suas respectivas funções (legislativo, executivo e judiciário), e consubstanciando a efetivação da declaração dos direitos.

A partir destas configurações de direitos, surgem os direitos de primeira geração, representando os direitos civis e políticos, que postulavam uma atividade negativa por parte do Estado, não violando o cunho individual destes direitos. Não obstante a isso, surgem novos modelos de constituições, que primavam não só pela proteção individual dos indivíduos, mas também por direitos sujeitos à prestações, denominados de direitos da Segunda geração, ou seja, “os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência.”<sup>6</sup>

Já as sociedades modernas, nas suas constituições, começaram a prestigiar o surgimento de novos direitos, denominados de terceira geração (direitos ao desenvolvimento, à paz, à propriedade sobre o patrimônio comum, à comunicação e ao meio ambiente). Também há que se falar em direitos de Quarta geração, que prescrevem a globalização política (direito à democracia, o direito à informação e direito ao pluralismo).<sup>7</sup>

Concluindo, a partir do teor de universalidade da Declaração francesa de 1789, começou a surgir os ditames da democracia e dos direitos

---

<sup>5</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 40.

<sup>6</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 41.

<sup>7</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 524-525. Neste sentido MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 42.

fundamentais, haja vista como bem escreve Boutmy citado por Bonavides: “Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram...”<sup>8</sup>

## **2. Os Direitos Fundamentais da primeira geração**

Após todo período revolucionário do século XVIII, principalmente pelas ideologias políticas francesas, marcado pelo teor individualista (direitos de defesa, direitos do indivíduo frente ao Estado)<sup>9</sup>, externou-se os caracteres base de todo escopo essencial dos direitos fundamentais. Postulados pela historicidade em toda sua evolução, institucionalizou-se três premissas gradativas, a saber: a liberdade, a igualdade e posteriormente a fraternidade.<sup>10</sup>

Os direitos fundamentais chamados de primeira geração, são teorizados pelo seu cunho materialista, ao qual, foram atingindo estas características através de um processo cumulativo e qualitativo designando uma nova universalidade com escopos materiais e concretos.<sup>11</sup>

Diante disto, os direitos fundamentais de primeira geração segundo Bonavides:

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.<sup>12</sup>

Isto posto, os direitos fundamentais de primeira geração estão presentes em todas as Constituições das sociedades civis democráticas, não obstante seu

---

<sup>8</sup> BOUTMY, E. *apud* BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 516.

<sup>9</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48.

<sup>10</sup> BONAVIDES, P., Op Cit., 516.

<sup>11</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 516.

<sup>12</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 517.

caráter de *status negativus*<sup>13</sup>, em consonância com a descrição de Maliska: “... esses representavam uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não violação da esfera individual (os chamados direitos de primeira geração, os direitos civis e políticos).”<sup>14</sup>

Este paradigma dos direitos fundamentais perdurou até o início do século XX, posto que, a partir deste foram ingressados novos direitos fundamentais.

### **3. Os Direitos Fundamentais da segunda geração**

Assim como o século passado foi marcado pelo advento dos direitos da primeira geração (direitos civis e políticos), o século XX foi caracterizado por uma nova ordem social. Esta nova ordem social expõe uma nova estruturação dos direitos fundamentais não mais sedimentada no individualismo puro do modelo anterior.<sup>15</sup>

Conforme descreve Sarlet: “ A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’.”<sup>16</sup>

Os direitos fundamentais da segunda geração se tornam tão essenciais quanto os direitos fundamentais da primeira geração, tanto por sua universalidade quanto por sua eficácia. Assim, segundo Bonavides, os direitos fundamentais da segunda geração “são os direitos sociais, culturais, e

---

<sup>13</sup> “É uma classificação de Jellinek e fazem ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos de liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.” In. BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517-518.

<sup>14</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 41.

<sup>15</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 41.

<sup>16</sup> SARLET, I. W., Op. Cit., p. 49.

econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social...”<sup>17</sup>

Isto posto, os direitos da referida segunda geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, bem como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho. Pressuposto a isto, passam estes direitos a exercer uma liberdade social, formulando uma ligação das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.<sup>18</sup>

Então, na esfera dos direitos fundamentais da segunda geração, esta marca uma nova fase dos direitos fundamentais, não só pelo fato de estes direitos terem o escopo positivo, mas também de exercerem uma função prestacional Estatal para com o indivíduo. É mister ainda que se diga a importante reflexão de Sarlet acerca dos direitos da segunda geração, ao qual, cita estes direitos como “*liberdades sociais*, do que dão conta os exemplos de liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como dos direitos fundamentais dos trabalhadores...”<sup>19</sup>

Com os direitos da segunda geração, brotou um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e a valorização da personalidade humana, que o tradicionalismo da solidão individualista, onde se externara o homem isolado, sem a qualidade de teores axiológicos existenciais, ao qual somente a parte social contempla.

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, P., Op. Cit., p.518. Nesse sentido, BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32-33.

<sup>18</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 49.

<sup>19</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 50.

Emergem assim, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, ao qual, são inerentes das instituições de Direito Público e compõe suas formas e organização, bem como limites ao arbítrio do Estado para com os direitos de segunda geração. Então, é oportuna a idéia de Carl Schmitt citado por Bonavides: “Graças às garantias institucionais, determinadas instituições receberam uma proteção especial...para resguardá-la da intervenção alteradora por parte do legislador ordinário. (...) Demais, é da essência da garantia institucional a limitação, bem como a destinação a determinados fins e tarefas.”<sup>20</sup>

Na nossa Constituição Federal de 1988, os direitos de Segunda geração, estão expressos no ordenamento a partir do art. 6º da nossa Carta, e neste aspecto, o referido artigo reconhece o direito à saúde como um direito social. Logo, a saúde é, também, um direito de Segunda geração, eis que passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para deste modo evidenciar a sua garantia/efetividade.

Por derradeiro, os direitos fundamentais da segunda geração “uma vez proclamados nas Declarações solenes das constituições marxistas e também de maneira clássica no Constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.”<sup>21</sup>

#### **4. Os Direitos Fundamentais da terceira geração**

Na evolução dos direitos fundamentais, surgem os direitos da terceira geração, que são direitos atribuídos à fraternidade ou de solidariedade. Assim,

---

<sup>20</sup> SCHMITT, C. *apud* BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 519.

<sup>21</sup> BONAVIDES, P. *apud* MALISKA, M. A. Op. Cit., p. 41.

especifica Maliska estes direitos como àqueles “concernentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e a comunicação.”<sup>22</sup>

Isto posto, emerge um novo escopo jurídico que vem a somar nos direitos do homem junto com os historicamente versados direitos de liberdade e igualdade. Diante disto, Bonavides descreve:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado.<sup>23</sup>

Então, os direitos da terceira geração são precípuamente, direitos fundamentais requeridos pelo indivíduo devido ao processo de descolonização do segundo pós-guerra e também pelos avanços tecnológicos, delineando assim direitos de titularidade coletiva ou difusa.<sup>24</sup>

Deste modo, configura os direitos fundamentais da terceira geração como direitos de solidariedade ou de fraternidade, conforme ensina Sarlet, que descreve “em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.”<sup>25</sup>

Assim, os direitos vão sendo descobertos e formulados, para posteriormente serem efetivados, com isso criar-se-á um processo ao qual sempre estará em evolução, haja vista a oportuna definição de Bonavides:<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 42.

<sup>23</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 523.

<sup>24</sup> LAFER, C. *apud* SARLET, I. W., Op. Cit., p. 50.

<sup>25</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 51.

<sup>26</sup> BONAVIDES, P., Op. Cit. p. 523.



“um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas.”

## **5. Os direitos Fundamentais da quarta geração**

Nos dias atuais, vivemos uma constante em nosso país, a globalização política neoliberal. Esta globalização do modelo neoliberalista, marcada pela globalização econômica advinda precipuamente sob a égide da política imperialista dos Estados Unidos imposta aos países de terceiro mundo por seus entes financeiros, vem a causar enorme impacto nos direitos fundamentais.

Conforme explanação do constitucionalista cearense Bonavides acerca do neoliberalismo: “Sua filosofia de poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo passo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.”<sup>27</sup>

Diante disto, esta globalização política, de escopo ideológico neoliberal, vem a se perfilar na teoria dos direitos fundamentais, que é a que reflete diretamente na população subdesenvolvida. Então, segundo o pensamento de Bonavides acerca dos direitos fundamentais da quarta geração, que correspondem a verdadeira institucionalização do Estado social : “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo.”<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 524.

<sup>28</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 525.

Assim, a globalização dos direitos fundamentais consubstancia a universalização na seara institucional, posto que, reconhece a existência destes direitos de quarta dimensão.<sup>29</sup>

Ainda conforme brilhante comparação com a proposta de Bonavides, o jurista gaúcho Sarlet preconiza:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais...<sup>30</sup>

Partindo do pressuposto que os direitos fundamentais estão na sua essência ligados intimamente, direta ou indiretamente, à valores concernentes a vida , a liberdade, a igualdade e a fraternidade ou solidariedade, resguardando sempre a dignidade do ser humano, é possível esta esfera dos direitos fundamentais da quarta geração (direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo). Pois a globalização política está na iminência de seu objetivo sem referência de valores. Assim, globalizar os direitos fundamentais, configura a universalização dos mesmos para que os direitos da quarta geração atinjam sua objetividade como nas duas gerações de direitos anteriores sem destituir a subjetividade da primeira geração<sup>31</sup> para a consecução de um futuro melhor, sem deixar de ser uma utopia o seu reconhecimento no direito positivo interno e internacional.

---

<sup>29</sup> Escreve o Prof. Bonavides que é preciso “dirimir um eventual inequívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e , portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e a fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo o ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política ... “. (BONAVIDES, P. *Curso de Direito constitucional*, p. 525.)

<sup>30</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 53.

<sup>31</sup> BONAVIDES, P. Op. Cit., p. 525.

Portanto, para se ter um conceito e idealizar uma Constituição, é mister que se coloque que os textos constitucionais são permeados pelos direitos fundamentais, adquirindo estes, lugar privilegiado nos ditames das Cartas Magnas. Os direitos fundamentais inicialmente, “assumem o caráter de direitos negativos, que importam uma restrição à ação do Estado para, posteriormente, assumirem uma postura ativa, exigindo ações positivas do Estado.”<sup>32</sup>

## **6. Delimitação Conceitual e Terminológica: Distinção entre Direitos Naturais, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**

Devido a multiplicidade e variedade das terminologias proferidas na esfera jurídica acerca dos direitos fundamentais, é de suma importância a distinção para a compreensão dos mesmos, tendo ciência que não pretendemos adentrar no estudo específico de seus significados, bem como das diferenças dos diversos termos correlacionados.

Para começar a análise e explanação acerca do tema, é de grande importância a distinção entre as expressões “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos naturais” .

Em face ao estudo, convém salientar a distinção na lição de Sarlet citado por Maliska:

Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; a expressão ‘direitos humanos’, por sua vez, ‘guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem Constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)’. Os direitos naturais não se equiparam aos

---

<sup>32</sup> MALISKA, M. A ., Op. Cit., p. 42.

direitos humanos uma vez que a positivação em normas de direito internacional já revela a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos.<sup>33</sup>

Os direitos humanos estão preconizados com as normas de direito internacional, é a expressão preferida em documentos internacionais,<sup>34</sup> ao passo que os direitos fundamentais conforme descreve o ilustre constitucionalista lusitano Canotilho (1999): “são direitos do homem,<sup>35</sup> jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”.<sup>36</sup>

Acerca da lição de Canotilho proferida acima, é mister que se faça outra reflexão proposta por Vieira de Andrade citado pelo prof. Maliska sobre a visão tridimensional dos direitos fundamentais: jusnaturalista, internacionalista e constitucional. Através da perspectiva jusnaturalista ou filosófica, delinea-se que “foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens.”<sup>37</sup>

Ainda no dizer de Maliska sobre a classificação de Vieira de Andrade, designa este que “à perspectiva internacionalista ou universalista, na definição do autor português, lembra a experiência da II Guerra e do totalitarismo como

---

<sup>33</sup> SARLET, I. W. *apud* MALISKA, M. A. . Op. Cit., p. 44.

<sup>34</sup> Acerca da definição de Direitos Fundamentais, descreve José Afonso da Silva que “contra a expressão direitos humanos, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se, que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção dos animais.” In: SILVA, J. A da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. p. 180.

<sup>35</sup> Salienta Canotilho ainda outra diferenciação, no que tange aos direitos fundamentais para com os direitos do homem, ao qual versa o eminente constitucionalista português que: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”. (CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.)

<sup>36</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

<sup>37</sup> VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *apud* MALISKA, M. A. . Op. Cit., p. 44.

causa de uma preocupação internacional de criar mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos nos diversos Estados.”<sup>38</sup> Continuando no raciocínio dos referido autor: “perspectiva Constitucional ou estadual refere-se à garantia Constitucional de certos direitos ou liberdades, que o autor inicia, fazendo referência à Carta Magna de 1215, aos sucessivos documentos constitucionais ingleses, em especial, ao documento francês de 1789 e às constituições atuais.”<sup>39</sup>

Entretanto, quando se fala na expressão ‘direitos do homem’ para ser usada ao invés de ‘direitos fundamentais’, Maliska descreve com êxito o raciocínio de Jorge Miranda<sup>40</sup> que delineaia três razões para a não adoção do mesmo: I) trata-se de direitos assentes a ordem jurídica e não de direitos derivados da natureza do homem; II) a necessidade de, no plano sistemático da ordem jurídica (Constitucional), considerar os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjetivas e objetivas (organização econômica, social, cultural e política); III) os direitos fundamentais presentes na generalidade das Constituições do século XX não se reproduzem a direitos impostos pelo Direito natural.

Diante disto, é importante externar o pensamento de José Afonso da Silva, inspirado na obra de Pérez Luño, que designa a expressão ‘Direitos fundamentais do homem’, como a mais efetiva e adequada para o presente estudo, haja vista a referência aos princípios que resumem o conceito do mundo, de tal sorte que configura a ideologia política de cada ordenamento jurídico, definindo na esfera do direito positivo como “aquelas prerrogativas e

---

<sup>38</sup> VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *apud* MALISKA, M. A. Op. Cit., p. 45.

<sup>39</sup> MALISKA, M. A. Op. Cit., p. 45.

<sup>40</sup> MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 50-51. Nesse sentido, MALISKA, M. A Op. Cit., p. 44.

instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas”.<sup>41</sup>

Contudo, salienta-se que os direitos humanos, direitos positivados na seara do direito internacional, têm uma íntima aproximação com os direitos fundamentais, que são direitos reconhecidos e protegidos pelo constitucional interno de cada Estado,<sup>42</sup> na medida em que são inter-relacionados, independentemente de suas diferentes positavações. Assim sendo, quando da ocorrência desta correlação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, emerge então um coerente conceito que se chama de ‘direito Constitucional internacional’, externado na obra de Flávia Piovesan: “ Por Direito Constitucional Internacional, subentende-se aquele ramo do direito na qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido”.<sup>43</sup>

## **7. Os direitos Fundamentais como parte nuclear na Constituição em um Estado Social Democrático de Direito**

É notório que os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição, haja vista que estes encontram-se intrinsecamente vinculados aos mais diversos textos constitucionais, normatizados e efetivados sob a égide dos seus ditames básicos, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade e a fraternidade, primando sempre pela dignidade humana.

---

<sup>41</sup> SILVA, J. A. da., Op. Cit., p. 182. Também é o entendimento do ilustre jurista hispânico, LUÑO, A. E. P. *Los Derechos Fundamentales*. 5ª ed. Madrid: Ed. Tecnos.

<sup>42</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 32.

<sup>43</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 45.

A premissa para se formar um Estado Social, e que este esteja consubstanciado no princípio democrático, é sem dúvida sua ligação correlacionadora com os direitos fundamentais. Com isso, é mister que se cogite a lição de Maliska, que dispõe: “Quando as constituições elaboram, em seus primeiros artigos, os fundamentos do Estado e da Sociedade, estes somente alcançam efetividade social mediante concretização dos postulados normativos referentes aos direitos fundamentais.”<sup>44</sup>

Entretanto, para uma formulação com mais nitidez e clareza, recorremo-nos mais uma vez ao Prof. Marcos Maliska, que situa com exatidão a idéia de Estado Social Democrático de Direito, quando cita os ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld com base na Constituição Brasileira de 1988, que assim o versa:

Para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje – não só ele: a maioria dos Estados civilizados – basta construir a noção de Estado Social Democrático de Direito, agregando-se aos elementos ainda há pouco indicados<sup>45</sup>, a imposição, ao Estado, do dever de atingir objetivos sociais, e a atribuição, aos indivíduos do correlato direito de exigí-los.<sup>46</sup>

Assim, marcado pela evolução histórica constitucional, através do surgimento de direitos fundamentais de cunho prestacional a saber: assistência social, educação, saúde, cultura etc., já externados na sua historicidade através do tópico descrito nas lições anteriores como direitos

---

<sup>44</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 46.

<sup>45</sup> Conforme a coerente citação de Maliska acerca da obra de Sunfeld: “São elementos do conceito de Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).” In: SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de Direito Público*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1993 *apud* MALISKA, M. A . *O Direito à Educação e a Constituição*, p. 46-47.

<sup>46</sup> SUNDFELD, C. A. *apud* MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 46-47.

da segunda geração, o Estado não só tem a função mas também o dever de atuar positivamente na prestação destes direitos fundamentais. Pois a atuação Estatal não deve estar apenas limitada à ação negativa perante o indivíduo, através da não violação da seara individual (direitos da primeira geração – direitos civis e políticos), mas sim de prestação à população de condições materiais essenciais.<sup>47</sup>

Então, surge outra variante, o desenvolvimento econômico, que se consubstancia como condição para realização desta prestação dos direitos sociais. Com isso, o Estado, na lição de Maliska<sup>48</sup>, tem por conseqüência a incrementar o desenvolvimento econômico, efetuando assim uma função que não é inerente da concepção de Estado Social. No entanto, seguindo a linha de raciocínio do Prof. Maliska, este ensina que:

Um Estado Social Democrático de Direito poderia definir-se não pela atuação direta, ou não, na economia, mas sim pelo comprometimento Constitucional com os direitos sociais, pela definição das atribuições do Estado, ainda no tocante à prestação direta dos serviços públicos, quando tais serviços sejam de prestação gratuita e universal, como são saúde, educação e assistência social.<sup>49</sup>

Neste sentido, o Estado para cumprir com suas obrigações sociais na prestação de serviços básicos e essenciais a população, principalmente nos países subdesenvolvidos, há que se ter uma série de investimentos consideráveis na área social, e para alavancar estes investimentos, o Estado atua como ente econômico, para desta forma conseguir crescer

---

<sup>47</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 47.

<sup>48</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 49.

<sup>49</sup> MALISKA, M. A ., Op. Cit., p. 53.



economicamente e conseqüentemente cumprir com suas obrigações constitucionais no que tange as prestações sociais.<sup>50</sup>

Na esfera de um Estado social de Direito, os direitos fundamentais na sua gama de valores axiológicos, exigem a democracia material, pois conforme Luzia M. da Silva Cabral Pinto: “é nesta que os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coacções derivadas do poder econômico e social.”<sup>51</sup>

O Estado de Direito e os direitos fundamentais estabelecem uma relação recíproca, pois o Estado de Direito, como a própria nomenclatura já diz, necessita da dependência, funcionalidade e garantia dos direitos fundamentais para ser este Estado de Direito, de tal sorte que os direitos fundamentais como conseqüência, requerem para sua efetivação, a positivação e normatização, bem como as garantias por parte do Estado de Direito. Com este entendimento, é oportuno o esclarecimento do jurista gaúcho Ingo Sarlet baseada na lição de H. –P. Schneider: “É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo ordenamento jurídico.”<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Para um estudo aprofundado, o Prof. Maliska descreve com notável coerência e clareza sobre a influência do desenvolvimento econômico na consecução prestacional dos direitos fundamentais sociais, fazendo a ponte de ligação perfeita entre à noção de Estado social com os direitos fundamentais, bem como, delineando a concepção de Estado neo-liberal, Estado social Democrático de Direito e modelo econômico. In. *O Direito à Educação e a Constituição*, p. 52-53.

<sup>51</sup> PINTO, L. M. S. C. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 149.

<sup>52</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 61.

Os direitos fundamentais constituem o corpúsculo de toda Constituição inserida num Estado Social e Democrático de direito, e a nossa Carta Magna de 1988, não foge a regra, haja vista o ensinamento de Sarlet:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, caput, refere-se apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisso parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado Social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.<sup>53</sup>

Acerca da temática, convém citar o pensamento do Prof. Marcos Maliska, já tantas vezes citado, que designa a postura dos direitos fundamentais na Lei Maior:

Sendo assim, os direitos fundamentais, além de condicionantes formais de validade da ordem jurídica, em decorrência da posição hierárquica superior em que se encontram, também assumem posição de condicionantes materiais, ou seja, passaram a vincular a ordem jurídica sob o prisma do conteúdo de tais direitos.<sup>54</sup>

Com o escopo de tornar mais nítida a noção do que representa os direitos fundamentais como base de uma Constituição, que segundo Konrad Hesse: “é a ordem fundamental jurídica da coletividade”<sup>55</sup>, é mister que socorremo-nos mais uma vez a lição do jurista gaúcho Sarlet: “Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado

---

<sup>53</sup> SARLET, I. W., Op. Cit., p. 61. Neste sentido, BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, p. 336 e ss., e SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 102-103.

<sup>54</sup> MALISKA, M. A. Op. Cit., p. 57.

<sup>55</sup> HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 37.

Constitucional, constituindo neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.”<sup>56</sup>

Assim, os direitos fundamentais apareceram inseridos na Constituição delineando um Estado Democrático, desde o célebre artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, tantas vezes citado e interpretado, conforme o qual dispõe: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição.” Diante desta concepção, configurou-se os pilares do que vem a ser a esfera central das primeiras Constituições escritas e posteriormente do aparecimento das Cartas Sociais.

Então, para vivermos em um Estado Social de Direito, lapidado por princípios democráticos, é de relevância que a Constituição, além de fomentar a organização estatal, seja torneada de direitos fundamentais, atingindo efetivamente os fins sociais, para, contudo, assumir o papel de guia da sociedade.<sup>57</sup>

## **8. A Aplicabilidade Imediata e a Eficácia Plena dos Direitos Fundamentais**

Todo dispositivo da Constituição Federal, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais, são possuidores de determinado grau de eficácia e aplicabilidade, devido a normatização imposta pelo Poder Constituinte.

O principal dispositivo que dá guarida a esta preleção acerca dos direitos fundamentais, é o  $\delta$  1º do artigo 5º da nossa Carta Magna, que dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

---

<sup>56</sup> SARLET, I. W., Op. Cit., p. 60.

<sup>57</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p. 58.

imediate”. É a partir deste artigo que se discorrerá sobre a temática da aplicabilidade das normas constitucionais.

Entretanto, vamos começar a tecer algumas disposições sobre as normas constitucionais. Estas assumem diversas formulações conforme a função que exercem dentro do campo de ação da Constituição. Assim, externam-se de acordo com as distintas formas de positivação.

Contudo, não vamos nos adentrar profundamente nas variadas e diversas classificações das normas constitucionais<sup>58</sup> que permeiam os direitos fundamentais, haja vista que, para nosso presente estudo, é mister que se designe apenas as suas generalidades.

Devido a variedade considerável de direitos fundamentais outorgados na nossa Lei Maior de 1988, as normas constitucionais estão em diversas disposições, diferentes entre si no que tange a técnica de sua positivação no conteúdo da Constituição. Diante disto, segundo Ingo Sarlet, fica notório que “a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em normas de natureza eminentemente programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental...”<sup>59</sup> A título de elucidação, normas programáticas conforme Eros Roberto Grau são aquelas que “ao invés de se definirem em fins concretos a serem alcançados, contém princípios e programas (tanto de

---

<sup>58</sup> Para um estudo aprofundado acerca das diferentes classificações, no tocante às técnicas de positivação das normas constitucionais, podem ser consultadas na doutrina, dentre outras, as classificações de: SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.; BASTOS, C. R. e BRITTO, C. A. *Interpretação e aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.; DINIZ, M. H. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.; BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

<sup>59</sup> SARLET, I. W., Op. Cit., p. 233.

conduta, quanto de organização), bem como, princípios relativos a fins a cumprir... existem apenas na esfera constitucional.”<sup>60</sup>

Assim, conforme a problemática da exegese acerca das funções dos direitos fundamentais em consonância com a questão da eficácia e os tipos de positivação dentro da Constituição, o ilustre jurista gaúcho Ingo Sarlet propõe que os direitos fundamentais sejam classificados em dois grupos devido a sua multifuncionalidade:

Podem ser classificados em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestação em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).<sup>61</sup>

Em princípio, os nomeados direitos de defesa delineiam um direito subjetivo individual, posto que, se colocam naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma posição ativa subjetiva, ou seja, um poder jurídico, haja vista que, seu uso imediato independe de qualquer prestação alheia.<sup>62</sup>

O eminente jurista alemão Robert Alexy versa que, os direitos de defesa, na sua dimensão jurídico subjetiva, como direitos fundamentais, estes são agrupados em três categorias a saber: i) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; ii) direitos à não afetação de propriedades

---

<sup>60</sup> GRAU, E. R. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p. 130.

<sup>61</sup> SARLET, I. W. *Op. Cit.*, p. 234.

<sup>62</sup> BARROSO, L. R. *O Direito constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 106.

e situações jurídicas do titular de direito; iii) direitos à não eliminação de posições jurídicas.<sup>63</sup>

Em se tratando de direitos fundamentais de defesa, conforme Ingo Sarlet:

A presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juizes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício desses direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade.<sup>64</sup>

Então, os direitos de defesa, notórios pelas suas características de direitos subjetivos, não assumem divergências em volto a sua aplicabilidade imediata. Contudo, o mesmo não acontece com os nomeados direitos a prestações, posto que, estes necessitam de uma atuação positiva do Estado, surgindo assim posições diversas acerca de sua aplicabilidade imediata. A partir disto, estes direitos de cunho prestacional, positivados a partir de normas programáticas, necessitam, em princípio de interposição do legislador para que conseqüentemente sejam permeados de aplicabilidade e eficácia plena. , os direitos fundamentais de defesa ou prestacional, estão vinculados intimamente ao grau de eficácia e aplicabilidade, devido a sua forma de positivação no texto constitucional.<sup>65</sup>

Isto posto, precipuamente, é mister que se analise a abrangência da norma disposta no art. 5º, § 1º da Constituição Federal. Pois esta é resultado de diferentes influências, expelidas por outras Constituições sobre o Constituinte pátrio. Estas influências foram exercidas principalmente pelo art.

---

<sup>63</sup> ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 96.

<sup>64</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 254.

<sup>65</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 254.

18/1 da Constituição Portuguesa e o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental da Alemanha.<sup>66</sup>

Ao analisar o alcance e o significado da norma do Art. 5º, § 1º da Lei Maior de 1988, o Prof. Maliska salienta:

Quanto à questão de que o dispositivo estaria reduzido às normas do art. 5º, tal entendimento pode ser afastado pela simples interpretação literal da norma, que refere a ‘direitos e garantias fundamentais’. Desta forma, a localização tópica da norma, não serve como critério para justificar tal entendimento restritivo. Uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados, uma vez que utilizar a expressão ‘direitos e garantias fundamentais’, o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos.<sup>67</sup>

Continuando a análise do significado e abrangência da norma constante do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, é importante salientar a nítida diferença entre o direito constitucional brasileiro e o sistema lusitano, ao qual, fica explicitado na lição de Sarlet:

Não há como sustentar no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, as liberdades e garantias (‘Título II da CRP’) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a este aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição Portuguesa. A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Dispõe Ingo Sarlet, que estas influências, exercidas sobre o nosso constituinte, para designar o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, tanto na doutrina nacional quanto no direito comparado (inobstante de formas menos acentuada), ainda não pressupõe um patamar de consenso no que tange ao significado e efetivo alcance do referido artigo citado acima. Assim, este passou a configurar o teor de temas controversos na seara do Direito constitucional. In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 235. Neste sentido, PIOVESAN, F. Op. Cit., p. 63.

<sup>67</sup> MALISKA, M. A. Op. Cit., p. 106.

<sup>68</sup> SARLET, I. W. Op. Cit., p. 236.

Contudo, a norma que dá guarida ao reconhecimento dos direitos excluídos do catálogo, pressupõe sustentação na doutrina portuguesa em sua maioria, que ministra a compreensão que além dos direitos sociais, econômicos e culturais, que estão expressamente fora do texto constitucional, todos os direitos, liberdades e garantias de natureza semelhante, configuram-se, neste aspecto, normas aplicáveis diretamente.<sup>69</sup>

Isto posto, convém designar que a extensão da norma do art. 5º, § 1º em todo o Título II da Carta Magna, “reafirma, por exemplo, existência das chamadas liberdades sociais, típicos direitos de defesa, como a norma do art. 8º (direito de livre associação sindical) e a norma do art. 9º (direito de greve).”<sup>70</sup>

Todavia, entramos em um campo de divergências no seio da doutrina jurídico-constitucional no que tange a problemática, ao qual, em que sentido são de aplicação imediata os direitos e garantias fundamentais?<sup>71</sup>

A variante de oscilação é diversa, posto que, alguns juristas, como Manoel Gonsalves Ferreira Filho, entendem que a norma em evidência não pode atentar contra a natureza das coisas, a tal ponto que relativa parte dos direitos fundamentais alcançaria sua eficácia nos termos e na medida da lei.<sup>72</sup>

No entanto, é mister delinear a lição de Eros Roberto Grau :

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual é inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade. (...). Preceito imediatamente aplicável

---

<sup>69</sup> É o entendimento de CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 124-126.

<sup>70</sup> MALISKA, M. A. . Op. Cit., p. 107.

<sup>71</sup> MALISKA, M. A. ., Op. Cit., p. 107.

<sup>72</sup> FERREIRA FILHO, M. G. *apud* SARLET, I. W. Op. Cit., p. 236.



vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.<sup>73</sup>

Seguindo ainda a linha de pensamento de Eros Roberto Grau, o Poder Judiciário tem a função reproduzir o direito, bem como de produzir, baseado nos princípios jurídicos. Diante disto, esta produção do direito, não quer dizer que o Judiciário assuma a função Legislativa, mas tem por objetivo assegurar a pronta execução do direito, fundamentado na *Lex Suprema*. Tal designação não viola o princípio da Separação dos Poderes porque, segundo o autor, o Legislativo tem o monopólio do exercício da função legislativa e não da função normativa.<sup>74</sup>

Isto posto, o jurista Maliska, interpretando o ensinamento de Eros Grau, pressupõe que a referida norma do § 1º do art. 5º da Constituição Federal é dotada de vigência e eficácia jurídica.<sup>75</sup> Esta norma é de aplicabilidade imediata (o Poder Judiciário, em última instância, está compelido a conferir-lhe efetividade jurídica ou formal).<sup>76</sup>

Os direitos fundamentais prestacionais tem sua exegese externada de forma diversa dos direitos fundamentais de defesa, no que tange a sua aplicabilidade e posterior efetivação. Conforme a lição do notável jurista lusitano Gomes Canotilho (1994):

---

<sup>73</sup> GRAU, E. R. Op. Cit., p. 303.

<sup>74</sup> GRAU, E. R. Op. Cit., p. 303.

<sup>75</sup> Segundo Eros Roberto Grau, baseado nas obras de Antoine Jeammaud e Oscar Correias, define a eficácia jurídica como “quando realizada a conformidade de uma situação jurídica concreta ao modelo que constitui a norma (reconhecimento efetivo, a determinado sujeito, de que beneficia, segundo a lei, por um direito, visto que cumpridos os requisitos prévios para tanto, nela estabelecidos); ou (...) quando tiver sido produzida a norma individual que interpreta ou atualiza a norma aplicada.” In: *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 319. *apud* MALISKA, M. A Op. Cit., p. 109.

<sup>76</sup> GRAU, E. R. *apud* MALISKA, M. A., Op. Cit., p. 108.

A força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de intervir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).<sup>77</sup>

Ainda segundo o notável autor lusitano, na seara dos direitos fundamentais a prestações, a Constituição dirigente se consubstancia a um máximo de “ <desejabilidade constitucional>” de direitos prestacionais sociais, que passa a relacionar-se genericamente, com uma interposição do legislador necessária, derivada da subordinação de uma efetividade constitucional para sua consecução.<sup>78</sup> Esta *interposito* do legislador, visa a ser uma forma de assegurar que os direitos prestacionais tenham a referida aplicabilidade imediata e a sua carga eficaz seja a máxima possível, delineando um pressuposto do exercício do direito fundamental, conforme a vontade do constituinte.

Os direitos fundamentais de cunho prestacional passa a ter certa peculiaridade devido ao seu grau de aplicabilidade imediata e eficácia plena alcançável. Pois conforme Clémerson Merlin Clève, as normas constitucionais que possuem uma eficácia jurídica de vinculação, e estas, quando assumem uma dimensão positiva, “condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador.”<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para Compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 365.

<sup>78</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Op. Cit.*, p. 365.

<sup>79</sup> CLÈVE, C. M. . *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo:

Aos Poderes Públicos, cabe o trabalho e o relativo dever, de colher das normas consagradoras dos direitos fundamentais, a máxima eficácia possível, pois conjecturar a aplicabilidade imediata e a eficácia plena em prol dos direitos fundamentais, significa, em última instância, externar toda a fundamentalidade formal da qual nossa Carta Magna é detentora.

O art. 5º, § 1º da Constituição Federal, revela em sua normatividade, uma imposição aos Poderes Públicos de alicerçar a eficácia máxima e imediata factível aos direitos fundamentais, pois segundo Flávia Piovesan, “este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental...”<sup>80</sup> O jurista gaúcho Ingo Sarlet advoga a mesma compreensão, designando a norma do § 1º do art. 5º uma “espécie de mandado de otimização (maximização)”.<sup>81</sup>

Adentrando em outra esfera da dogmática jurídica constitucional, acerca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, é mister citar a oportuna lição do Prof. Marcos Maliska, no que tange a associação da aplicabilidade dos direitos de escopo fundamental e dos institutos do Mandado de Injunção<sup>82</sup> e da Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão, que segundo o autor, parece externar uma ordem sistemática, por mais que seja discutida sua efetividade. Isto posto:

O legislador constituinte, com o intuito de promulgar uma Constituição democrática de cunho social, previu, no Título II, os direitos

---

Revista dos Tribunais, 2000, p. 320-321.

<sup>80</sup> PIOVESAN, F. Op. Cit., p. 64.

<sup>81</sup> SARLET, I. Op. Cit., p. 245. Também é o entendimento de Gomes Canotilho no direito comparado. In: *Direito Constitucional*, p. 578.

<sup>82</sup> Segundo o eminente douto em direito administrativo, Hely Lopes Meirelles, os pressupostos para o cabimento do mandado de injunção são: “a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou cidadania; ou a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição destes direitos. (...) Assim, o mandado de injunção, não é remédio para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para aquela que afete o exercício dos direitos fundamentais.” (MEIRELLES, H. L. *Mandado de Segurança*. 21ª ed. Atualizada por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1999, p.214-215).

e garantias fundamentais. Tais direitos e garantias forma privilegiados com a norma do § 1º do art. 5º que lhes atribuiu aplicabilidade imediata. Com o intuito de garantir a eficácia imediata de tais dispositivos, o constituinte previu o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão (§ 2º art. 103).<sup>83</sup>

Acerca destes dispositivos processuais constitucionais, “ a omissão inconstitucional não pode ser concebida de um ponto de vista *puramente naturalístico* (não fazer). Deve ser entendida como omissão de uma ação determinada, ou seja, produto da vontade de não realizar a ação normativamente prescrita e, portanto, esperada (conceito normativo – não fazer algo devido).”<sup>84</sup>

O constituinte da Carta de 1988, com o escopo de assegurar a idéia precípua do art. 5º, § 1º, designa que o instituto processual do Mandado de Injunção, faz *jus* a sua existência, posto que, quando ocorrer a situação de ausência de norma regulamentadora, este delinear-se-á prevalecer a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias fundamentais.<sup>85</sup>

Diante disto, é oportuno citar o coerente ensinamento de Marcos Maliska, que ressalta a importância de observar que “ a previsão dos institutos processuais constitucionais, contra a omissão inconstitucional (medida político-administrativa, medida judicial ou medida legislativa) e a interpretação dada ao § 1º do art. 5º da Constituição Federal, é situação diversa dos efeitos das decisões judiciais produzidas nos referidos institutos processuais (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção).”<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p.112.

<sup>84</sup> CLÈVE, C. M. Op. Cit., p. 324.

<sup>85</sup> MALISKA, M. A . Op. Cit., p.114.

<sup>86</sup> MALISKA, M. A. Op. Cit., p.114.

Seguindo a linha de raciocínio do referido autor, este pressupõe o entendimento que:

Tais institutos processuais podem também ser interpretados como garantia de aplicabilidade por recurso ao Poder Judiciário. A utilização de normas constitucionais que dispõem sobre os institutos do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão como aporte interpretativo da norma do § 1º do art. 5º no sentido da não aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, pode revelar também que tais institutos, até por estarem em plano diverso (direito processual), estão a serviço da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (plano material).<sup>87</sup>

Assim, o Poder Judiciário, em última instância, é atingido pelos institutos processuais, que obrigam a fornecer tal efetividade aos direitos de cunho fundamental, haja vista que estes tem vinculação imediata com tais direitos.<sup>88</sup>

## **9. Os Direitos Fundamentais como um Sistema Aberto e Flexível**

Os direitos fundamentais, por seu teor e significado dentro da Constituição de 1988, preconizam a possibilidade de um sistema aberto. Diante disto, surge a problemática de que maneira este sistema se insere nos textos constitucionais vigentes e como externar-se-á a sua interpretação e concepção dos direitos de cunho fundamental.

Isto posto, adentramos no campo da filosofia, bem como na seara hermenêutica contemporânea, especificamente no âmbito do direito Constitucional, demonstrando o contraste existente o método tópico e o

---

<sup>87</sup> MALISKA, M. A. Op. Cit., p.114.

<sup>88</sup> Esta é a interpretação do prof. Marcos Maliska, acerca do entendimento de Eros Roberto Grau em consonância com a lição de Clèmerson Merlin Clève sobre a imediata vinculação dos direitos fundamentais aos institutos do Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. In: *O Direito à Educação e a Constituição*, p.114.

método sistemático, bem como o grau de equilíbrio entre as duas formas de pensar e a sua interação com a idéia de um sistema aberto .<sup>89</sup>

O método tópico surgiu com um intuito renovador da hermenêutica atual no campo jurídico, e o responsável por este caminho cognitivo se deve a Theodor Viehweg,<sup>90</sup> que com sua obra gerou polêmicas reflexões na esfera do Direito, o Estado e a Constituição.<sup>91</sup> A exaustão posterior do positivismo racionalista, em consonância com a incredulidade generalizada em suas soluções, “fez inevitável a ressurreição da tópica como método”.<sup>92</sup>

Quando se fala em um sistema aberto a regras e princípios para a Constituição, o jurista lusitano Gomes Canotilho escreve que “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, (Caliess) traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança de realidade e estarem abertas a concepções cambiantes da verdade e da justiça.”<sup>93</sup>

O prof. Maliska (1998) interpretando o ensinamento de Canotilho ressalta para a possibilidade de “refletir o texto Constitucional como verdadeira e constante busca, ou seja, o texto Constitucional não está pronto e acabado, mas em vias de ser construído, de maneira que a interação do texto com a realidade deve ser total, de modo a garantir a sua supremacia e sua força normativa.”<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> É o ensinamento do Prof. Maliska através de um trabalho sobre a influência da Tópica na interpretação Constitucional, ao qual o referido autor após discorrer sobre a tópica Aristotélica, os pensamentos de Descartes e Vico, analisa a obra de Viehweg com as críticas de Canaris, abordando a tópica e a idéia de um sistema aberto na interpretação constitucional contemporânea. (MALISKA, M. A. *A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.)

<sup>90</sup> Viehweg caracterizou a tópica como uma “técnica de pensar o problema”, ou seja, aquela “técnica mental que se orienta para o problema.” (VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério as Justiça co-edição com EdUNB, 1979, p. 167.)

<sup>91</sup> BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 447.

<sup>92</sup> BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 448.

<sup>93</sup> MALISKA, M. A. *A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998.

<sup>94</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 16.

A operação de ligamento entre a realidade, ou seja, os conflitos e os problemas, com a norma, acaba por designar a tópica, que funciona como uma maneira de solucionar o caso, consubstanciando o escopo da interação entre o sistema e a regulação do caso.<sup>95</sup>

Se o pensamento sistêmico constitui-se um pensamento ‘lógico-dedutivo’, a tópica vem a ser o contraste na terminologia usada por Schneider, que idealiza a distinção entre elementos ‘cognitivos e volitivos’ do conhecimento jurídico. “O volitivo é um instrumento do método tópico e o cognitivo um dado característico da inquirição dedutiva, lógica e sistemática.”<sup>96</sup>

Definindo o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”, Canaris prescreve que o sistema não é fechado, mas antes aberto, e vale tanto para o sistema científico (sistema de proposições doutrinárias) quanto para o sistema objetivo (sistema da ordem jurídica).<sup>97</sup> Adentrando ainda mais no pensamento de Canaris, este ensina que:

A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na ciência do Direito. Ela partilha a abertura do <sistema científico> com todas as outras ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um processo no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do <sistema objectivo> é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do direito como fenómeno situado no processo da história e, por isso, mutável.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 16.

<sup>96</sup> Cf. SCHNEIDER, P. *apud* BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 448.

<sup>97</sup> CANARIS, C. W. *apud* MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 16.

<sup>98</sup> CANARIS, C. W. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989, p. 281.

Apesar de Canaris, preocupado com a metodologia do Direito, externar suas críticas a Viehweg sobre um sistema tópico, este tem por base sua inclinação a uma visão sistemática da ciência jurídica. Nem por isso, Canaris abandona de todo, a tópica como método. Proclama-lhe um papel secundário de utilidade, como um instrumento auxiliar na possibilidade do uso da tópica em determinados casos de lacuna da lei, ao qual, o preenchimento se torne quase insustentável pela ausência plena de valorações no direito positivo, bem como nas situações de expiações legislativas para o senso comum (*common sense*) e em casos de equidade.<sup>99</sup>

Contudo, se consideramos o sistema jurídico como um sistema aberto e normativo de regras e princípios, dever-se-á prestigiar a Tópica numa posição de destaque, especialmente na hermenêutica Constitucional pela função democrática e também quando as normas são de conteúdo aberto e sua interpretação é vasta.<sup>100</sup>

Isto posto, a Constituição “representa pois o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma ‘estrutura aberta’ e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutismo metodológico.”<sup>101</sup>

A essência da tópica como a construção de um método, vem a ser ‘pensar o problema’. A tópica não vai na contramão da lógica, é um novo estilo de argumentação. Pois com a tópica, “a norma e o sistema perdem o

---

<sup>99</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 16-17. Também é o entendimento de BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 451.

<sup>100</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 17.

<sup>101</sup> BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 452.



primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa.”<sup>102</sup>

Segundo Maliska, definindo as principais características da idéia de sistema, ou seja, unidade (vários pontos de referências centrais) e ordem (uma conexão sem hiatos, com a compatibilidade lógica de todos os enunciados), “não afastam e, até mesmo, não são incompatíveis com o pensamento tópico.

Isso porque, como sistema aberto, suas normas necessitam interagir com a realidade, de maneira que, por si só, não abarquem todas as possibilidades fáticas.”<sup>103</sup>

Outra posição que merece ser destacada, é no sentido de que quando se fala na interação e uniformidade dos métodos tópico e sistemático, é mister que se faça referência aos limites da tópica em relação ao sistema normativo.<sup>104</sup> É neste sentido que são inculcadas as principais críticas ao método tópico. “Essas críticas dirigem-se ao fato de que a tópica colocaria a lei com um *topos* qualquer, de modo que as discussões ultrapassariam os limites legais (...) a tópica aplicada a interpretação jurídica e, em especial, à interpretação Constitucional, nas discussões dos pontos de vista, devem ter a norma como principal condição de argumentação. A norma, em último caso, é o limite da tópica.”<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 452.

<sup>103</sup> Nesse sentido, o prof. Maliska ressalta para a possibilidade de que a “solução do problema necessita tanto de um sistema que de sustentabilidade por demonstração da decisão, ou seja, que acabe por demonstrar àquele que ficou em pior situação de que a decisão teria de ser esta porque o sistema assim definiu, como ao mesmo tempo, para que a decisão ofertada pelo sistema se mantenha legítima em todos seus fundamentos, seja confrontada com os vários pontos de vista e com os *topos* de argumentação, de maneira a possibilitar conteúdo substancial a decisão.” (MALISKA, M. A. *A influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998, p. 18).

<sup>104</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 18.

<sup>105</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 18-19. Neste sentido, escreve Zippelius, que os limites da tópica se encontram já na sua função instrumental. Ela é uma técnica que simplesmente ajuda a descobrir conhecimentos e interrogações que podem em cada caso desempenhar determinado papel, sem contudo por si mesma – como simples técnica de debate – oferecer sozinha o suficiente fundamento da solução. *Apud* BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 449.

A Constituição, consubstanciada por um sistema aberto, condiciona uma interpretação também aberta, designando desta forma várias considerações e pontos de vista para colaborar com a solução ao caso concreto. E a metodologia tópica, participa deste processo, fazendo com que a Constituição perca até certo ponto, seu caráter reverencial que o formalismo clássico lhe conferira. Assim, leciona o Prof. Bonavides que “ a tópica abre tantas janelas para a realidade circunjacente que o aspecto material da Constituição, tornando-se, quer queira quer não, o elemento predominante, tende a absorver por inteiro o aspecto formal.”<sup>106</sup>

Buscando a interação dos pensamentos tópico e sistemático, chega-se a conclusão de que esta junção de métodos designa os direitos fundamentais como principal instrumento desta exegese. Diante disto, “os direitos fundamentais, ainda que reunidos em um catálogo, constituem garantias pontuais, de maneira que não estão reduzidos a um sistema fechado, taxativo.”<sup>107</sup>

Assim, a tópica, proveniente da reação ao positivismo jurídico clássico, representa o cerne da hermenêutica contemporânea, conferindo também um grau de extrema relevância e essencialidade na interpretação constitucional, especialmente nos direitos fundamentais como sistema aberto. Pressuposto a isto, é oportuna as palavras de Maliska:

Portanto, os direitos fundamentais, encontram, na tópica e na idéia de sistema aberto, a possibilidade de uma adequada concretização de seus preceitos. O tema, além da adequada interpretação acima, vinculada à noção de sistema aberto, é envolto em outra discussão, a fundamentalidade de tais direitos na dignidade da pessoa humana.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> BONAVIDES, P. Ob. Cit., p. 453.

<sup>107</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 65. Neste sentido HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 244.

<sup>108</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 67-68.

Baseado no princípio da dignidade humana, Pereira de Farias ressalta que esta “tem o sentido de uma ‘cláusula aberta’, de forma a respaldar o surgimento de ‘direitos novos’ ‘não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, sejam em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º.”<sup>109</sup>

Deste modo, poder-se-á dizer que “não há, em princípio, incompatibilidade entre a concepção dos direitos fundamentais (como um sistema aberto e flexível) e a sua fundamentalidade no princípio da dignidade humana, ainda que tal entendimento possa criar embaraços à adequada compreensão da abertura do catálogo dos direitos fundamentais da Constituição.”<sup>110</sup>

Sarlet advoga o entendimento que é inviável a sustentação no direito Constitucional pátrio, de uma concepção de que os direitos fundamentais formam um sistema fechado no âmbito da Constituição.<sup>111</sup> Segundo ainda o jurista gaúcho, “se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos...”<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Este é a interpretação dada pelo jurista Marcos Maliska acerca da lição de Pereira de Farias na sua obra *Colisão de Direitos*. No direito comparado, podemos destacar o entendimento equivalente de VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. . In: *O Direito à Educação e a Constituição*. p. 69.

<sup>110</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 70.

<sup>111</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 74.

<sup>112</sup> SARLET, I. W. *apud* MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 75.

## 10. A Perspectiva Objetiva e Subjetiva dos Direitos fundamentais

A exegese dos direitos fundamentais sobre uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, revela no âmbito da dogmática constitucional, uma moderna temática acerca do assunto. Esta temática pode ser apreciada a partir do momento que se busca compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos individuais, bem como elementos objetivos fundamentais na esfera de uma comunidade.

Não se presume aqui partir do corolário de que alguns direitos fundamentais são objetivos e outros são subjetivos, é mister designar que um mesmo direito pode assumir um panorama subjetivo e objetivo. Assim, é oportuno observar o exemplo externado por Maliska, acerca do direito de liberdade de expressão, “que pode assumir um caráter subjetivo quando estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e idéias...”, entretanto podendo “também assumir uma perspectiva objetiva, pode assumir uma ‘função objetiva’, no sentido de uma ‘valor geral’, uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional).”<sup>113</sup>

Uma base subjetiva se contempla quando se refere à importância ou “à relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para sua liberdade.”<sup>114</sup> Contudo, quando se pensa no seio da coletividade, do interesse

---

<sup>113</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 100.

<sup>114</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1178. O autor também expressa o seguinte exemplo: “quando se consagra o art. 37º / 1 da Constituição da República Portuguesa o < direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio>, verificar-se-á um fundamento *subjetivo* ou *individual* se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo...”.

público, trata-se de uma fundamentação objetiva de norma consagradora da vivência comunitária.<sup>115</sup>

De outra banda, a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais significa que as normas que “prevêm direitos subjetivos é outorgada função autónoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.”<sup>116</sup> Assim, para delinear-se a eficácia dos direitos subjetivos, dever-se-á externar uma norma de direito objetivo que a de força para esta requerida eficácia. Isto posto, pode-se dizer que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (voltado à comunidade, a coletividade) não é considerada como o lado avesso de uma vestimenta dos direitos subjetivos (inerentes ao indivíduo) , ambas possuem perspectivas diversas.

Partindo do pressuposto de que os direitos subjetivos individuais estão vinculados, de certa maneira, à aprovação pela comunidade que está inserido, não podendo ser dissociado, há que se ter em mente neste paradigma, uma espécie de responsabilidade coletiva por parte dos indivíduos, delineando o entrelace das dimensões objetiva e subjetiva, no que tange à função axiológica da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.<sup>117</sup>

Deste modo, é esta perspectiva que “legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do

---

<sup>115</sup> CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 1178.

<sup>116</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 141. Também é o entendimento no direito alienígena de VIEIRA de ANDRADE, J. C. Ob. Cit., p. 143.

<sup>117</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 100-101.

alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.”<sup>118</sup>

Adentrando na exegese específica dos direitos sociais, um dos escopos primordiais de nosso estudo, é mister para uma maior clarificação acerca da problemática, a divisão do tema em dois planos, proposta por Gomes Canotilho (1994):

No plano subjetivo: os direitos sociais (...) consideram-se inseridos no espaço existencial do cidadão, independentemente da possibilidade da sua exequibilidade imediata;

No plano objetivo: (1) em muitos casos, as normas consagradoras dos direitos fundamentais estabelecem imposições legiferantes, no sentido de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício destes direitos; (2) algumas das imposições constitucionais traduzem-se na vinculação do legislador a fornecer prestações aos cidadãos.<sup>119</sup>

Ainda segundo o entendimento do jurista lusitano, não se deve confundir direito subjetivo social, imposições legiferantes e prestações. “O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição Constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações imanentes àquele direito.”<sup>120</sup> Isto posto, a prestação é um objeto da pretensão dos cidadãos (aspecto subjetivo) e do dever do Estado, que é imposto ao legislador mediante as imposições constitucionais (aspecto objetivo). Com isso, “se a prestação não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjetivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objetivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo objetivo.” Entretanto, convém salientar que “... o direito à prestação não corresponde rigorosamente, ao dever de prestação do

---

<sup>118</sup> SARLET, I. W. *apud* MALISKA. M. A. Ob. Cit., p. 101.

<sup>119</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 367-368.

<sup>120</sup> CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit. , p. 368.

Estado, contido na imposição legiferante: a âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever.”<sup>121</sup>

Os direitos sociais , na condição de preceitos de direitos subjetivos, incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam a sua fundamentalidade, podendo servir na sua qualidade de normas de direito objetivo, e independentemente de sua perspectiva subjetiva , servem como noção para o controle de determinados atos normativos estatais.<sup>122</sup>

## **11. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais, notórios pela sua vinculação ao Estado, incluindo neste aspecto a sua aplicabilidade imediata, também exercem nas relações jurídico-privadas a chamada eficácia horizontal.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a eficácia em relação a terceiros, posto que, “ deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas.”<sup>123</sup>

Tomando como ponto de partida o Direito Lusitano, a Constituição Portuguesa versa em seu art. 18/1, as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídico-privada. Isto suscita uma exegese de como se concretiza esta eficácia horizontal, bem como, de que forma ela se exprime.<sup>124</sup> Partindo deste pressuposto, é oportuno um esclarecimento preliminar externado na lição de Maliska:

Em um primeiro momento, seria possível afirmar que, sendo a Constituição uma ordem da comunidade e não somente do Estado, bem como que os direitos fundamentais estão inseridos na comunidade e dela

---

<sup>121</sup> CANOTILHO, J. J. G. *apud* MALISKA. M. A. Ob. Cit., p. 102.

<sup>122</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 144. Neste sentido, VIEIRA de ANDRADE, J. C. Ob. Cit., p. 161.

<sup>123</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.206.

<sup>124</sup> CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 1.205.

exigem respeito aos seus preceitos, a chamada eficácia horizontal não seria mais do que um desdobramento dos direitos fundamentais, pois estes não são apenas dirigidos ao Estado, mas também à comunidade como um todo.<sup>125</sup>

Assim, acerca de que, como se consubstancia a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho sugere a análise de duas teorias: Teoria da eficácia direta ou imediata, em que “os direitos, liberdades e garantias e os direitos análogos aplicam-se obrigatória e diretamente no comércio jurídico entre as entidades privadas (individuais e coletivas)”<sup>126</sup>; Teoria da eficácia indireta ou mediata, em que os “direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.”<sup>127</sup>

Então, a forma como se dá a vinculação da eficácia horizontal é o ponto mais controvertido perante a doutrina, designado aqueles que filiam-se na tese da vinculação mediata (indireta) e os que advogam uma eficácia imediata (direta). Diante desta divergência doutrinária, é mister situar a análise de Sarlet sobre as referidas correntes:

De acordo com a primeira corrente, que pode ser reconduzida às formulações paradigmáticas do publicista alemão Dürig, os direitos fundamentais – precipuamente direitos de defesa contra o Estado – apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Já para corrente oposta, liderada originariamente por Nipperdey e Leisner, uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento de acordo com o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para toda a

---

<sup>125</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 119.

<sup>126</sup> CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 593.

<sup>127</sup> CANOTILHO, J. J. G. Ob. Cit., p. 593.



ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e da força normativa da Constituição, não se pode aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.<sup>128</sup>

Não procuramos aqui esgotar o tema, adentrando nas divergências surgidas na doutrina *iusfundamental* no que tange ao mérito específico do assunto. Contudo, é oportuno descrever que há um entendimento equivalente e igualitário sobre que os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal, ou seja, na esfera privada, quando do caso de desigualdades externadas por um maior ou menor poder social, “razão pela qual não se podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral.”<sup>129</sup>

Nas relações jurídicas entre os sujeitos privados, é coerente designar o efeito imediato em relação a terceiros, oportunidade em que é inequívoco o entendimento de Robert Alexy:

Por efeito imediato em terceiro não se pode entender que os direitos frente ao Estado, sejam ao mesmo tempo, sejam direitos do cidadão frente a outros cidadãos, nem se pode alegar um efeito imediato em terceiro mudando simplesmente, o destinatário dos direitos frente ao Estado, uma vez que nas relações cidadão/cidadão, em razão de ambos serem titulares de direitos fundamentais, existe uma força de efeito diferente da que existe na relação Estado/cidadão.<sup>130</sup>

Assim, dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais nas relações privadas, poder-se-á dizer que existem entre os cidadãos, direitos e não

---

<sup>128</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 336. Neste sentido VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Ob. Cit., p. 276-278.

<sup>129</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 336. Também é o entendimento proposto por VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Ob. Cit., p. 284.

<sup>130</sup> ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 520.

direitos e liberdades e não liberdades, delineando que, independente de qual forma ou teoria, seja imediata ou mediata se dá a vinculação de terceiros em relação aos direitos iusfundamentais, chega-se a conclusão de que o direito privado e as normas constitucionais não devem ser distantes, mas sim um processo contínuo para que quando aplicar-se-á uma norma de direito privado, também aplicar-se-á uma norma constitucional. Assim, sendo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve estar consubstanciada na convergência com o direito privado e vice-versa.<sup>131</sup>

Pois, um eventual conflito de uma norma de direito fundamental e um princípio de autonomia privada delineia uma interpretação tópica, mediante determinadas análises de casos concretos, de tal sorte que ao ser tratada de forma equânime às situações de uma pressuposta colisão de direitos fundamentais “de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação de valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, de cada um.”<sup>132</sup>

Fluindo desta temática, é possível verificar que a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada também podem ser suscitados pela intervenção estatal através de uma legitimação dotada de princípios constitucionais. Diante disto, é oportuno externar a lição de Maliska, que cita três grandes núcleos de atividades privadas:

- (i) Aquelas em que a autonomia privada pode ser exercida livremente (as partes estão em posição de igualdade), constituindo um núcleo inabalável, e em geral, vinculada ao direito civil, ainda que o

---

<sup>131</sup> PEREIRA DA SILVA, V. M. P. D. *apud* SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 337.

<sup>132</sup> SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 337. Neste sentido, CAUPERS, J. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 170-171.

conteúdo público nesta área seja crescente, haja vista institutos como o Código de Defesa do Consumidor, intervenções estatais contra o domínio de mercado e outros; (ii) as atividades particulares em que a ordem pública é reconhecida como são, por exemplo, o direito do trabalho e os campos de direito civil acima referidos. Nas áreas em que o Estado reconhece a desigualdade entre particulares e , em virtude dessa desigualdade, regula as relações contratuais, não há menor dúvida de que os direitos fundamentais sejam aplicáveis, o que se faz possível, até mesmo, em razão da intervenção do Estado; (iii) por fim, as atividades particulares exercidas por autorização do Estado, assim como as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, por exemplo. <sup>133</sup>

Por derradeiro, é inequívoco dizer que as normas de direito privado não podem desencadear uma afronta ao conteúdo dos direitos fundamentais “impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais de direito privado.” <sup>134</sup>

## 12. Referências Bibliográficas

ALEXY, R. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, C. R. e BRITTO, C. A. *Interpretação e aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

---

<sup>133</sup> MALISKA, M. A. Ob. Cit., p. 131-132.

<sup>134</sup> HESSE, K. *apud* SARLET, I. W. Ob. Cit., p. 339.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANARIS, C. W. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para Compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. e MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CAUPERS, J. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985

CLÈVE, C. M. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, S. G. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DINIZ, M. H. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FREIRE, A. M. P. *La Garantia em el Estado Constitucional de Derecho*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

GRAU, E. R. *Direitos, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

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

LUÑO, A. E. P. *Los Derechos Fundamentales*. 5<sup>a</sup> ed. Madrid: Ed. Tecnos.

MALISKA, M. A. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MALISKA, M. A. *A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional*. Curitiba, 1998. Trabalho de conclusão da disciplina Filosofia do Direito – Mestrado, Universidade Federal do Paraná.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de Segurança*. 21<sup>a</sup> ed. Atualizada por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MORAES, J. L. B. de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PINTO, L. M. S. C. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito constitucional Internacional*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das Normas constitucionais*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de Direito Público*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VIEHWEG, T. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução portuguesa por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Ministério as Justiça co-edição com EdUNB, 1979.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.