

## A eficácia dos direitos sociais

Ivja Neves Rabêlo Machado \*

Como citar este artigo: MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. A eficácia dos direitos sociais. Disponível em <http://www.iuspedia.com.br>. 09 abril. 2008.

1.0 Os Direitos Sociais e a sua eficácia 1.1 Eficácia jurídica das normas constitucionais  
1.2. Eficácia jurídica x Eficácia Social 1.3 Evolução teórica acerca da eficácia das normas de direitos sociais 1.3.1 A doutrina tradicional de José Afonso da Silva 1.3.2 O "mandado de otimização" de Ingo Wolfgang Sarlet 1.3.3 A proposta de Sergio Moro 1.4. O conteúdo eficaz das normas veiculadoras de direitos sociais 1.5 Referências Bibliográficas

### 1.0 Os Direitos Sociais e a sua eficácia

Como premissa básica no estudo dos direitos sociais, convém deixar clara a distinção entre a efetividade normativa, eficácia jurídica ou a aplicabilidade das normas de direitos fundamentais e a efetividade material dos direitos fundamentais, ou seja, a sua concretização na vida em sociedade.

Trata-se de dois problemas distintos, mas intimamente relacionados, haja vista não se chegar à efetividade material sem antes reconhecer a eficácia jurídica plena aos direitos sociais.

### 1.1 Eficácia jurídica das normas constitucionais

Dentre as várias formas de condução da sociedade experimentadas ao longo de sua evolução, as Constituições se tornaram a experiência mais bem sucedida. Alçada ao posto de repositório de esperanças, foi adquirindo superioridade hierárquica dentre as normas jurídicas que regulam a vida em sociedade, até consagrar-se uma Constituição Dirigente, na expressão conhecida de J. J. Canotilho.

Sob uma perspectiva formalista, pode-se dizer que será norma constitucional, no âmbito das Constituições escritas, todos os temas ou valores tratados em seu texto. A escolha desses variará conforme o momento histórico em que estiverem inseridos, bem como da atuação dos grupos de pressão. Por sua vez, será norma materialmente constitucional, aquelas que criam as bases do Estado.

Ao transmutar-se em normas constitucionais, as normas jurídicas sofrerão dois tipos de tutela: (a) existencial: a restrição ou supressão das normas será coibida através da técnica das cláusulas pétreas ou núcleo rígido; (b) operacional; atribui eficácia jurídica, ou seja, sindicabilidade judicial aos efeitos práticos que essas normas possam produzir.[1]

De acordo com a moderna teoria da norma, as normas constitucionais, para além de sua superioridade hierárquica, possuem duas notas essenciais: (a) a produção de efeitos, visto que pretendem transformar a realidade com o escopo de concretizar os valores escolhidos pela sociedade; (b) juridicidade, isto é, a capacidade de vindicar em juízo sua imposição coativa, caso sejam desrespeitadas na comunidade.[2]

O fornecimento de ampla tutela jurídica é essencial no Estado de Direito, pois de outro modo, as normas jurídicas se igualam às proposições morais ou às convenções sociais que, por não serem obrigatórias para todos (não possuem a qualidade de jurídica), não podem ser exigidas pelo Judiciário.

As normas jurídicas, e assim também as normas constitucionais, podem ser classificadas, quanto à sua estrutura, em princípio e regras. Os critérios de distinção entre essas duas

espécies têm sido comumente expostos na doutrina[3], dos quais podemos citar: (a) Grau de abstração: as normas, ao contrário das regras, possuem grau de abstração relativamente elevado; (b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; (c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios possuem um caráter estruturante no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou jurídico; (d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são corolários da idéia de justiça ou de direito – as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional; (e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.[4]

Ana Paula de Barcellos[5] traz importante contribuição, neste ponto, ao afirmar que, embora partindo de um núcleo básico, tal como as regras, os princípios visam a produção de efeitos relativamente indeterminados, seja porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas, seja porque há uma infinidade de situações não previstas, e a rigor indetermináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar. Ademais, destaca que, mesmo quando o efeito pretendido por uma norma seja determinado, os meios para atingir tal efeito serão múltiplos.

Toda essa distinção leva a crer que, a rigor, o princípio constitucional é norma jurídica imperativa[6], isto é, o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como se passa com as demais normas jurídicas. Impende ressaltar que esta concepção de normatividade dos princípios é fenômeno recente na doutrina, como assinala Bonavides a partir de traçado histórico sobre o tema.[7]

Partindo da complexidade inerente às relações humanas, Barcellos[8], elenca oito categorias principais de eficácia jurídica, em ordem decrescente de consistência: eficácia simétrica ou positiva, nulidade, ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa de retrocesso,

penalidade (indireta – apenas influencia o efeito pretendido pela norma), interpretativa (também indireta).

Nesta seara, constata-se que os princípios, ao contrário das regras que apresentam principalmente eficácia positiva ou simétrica, caracterizam-se por três modalidades de eficácia: a interpretativa, a negativa e a vedativa de retrocesso (não se encontra ainda consolidada na doutrina e na jurisprudência). Importa notar que essas três modalidades de eficácia constituem instrumentos hábeis para evitar a violação dos princípios frente uma ação, normalmente estatal. Já a omissão, que deixa de realizar o efeito do princípio, escapa ao controle de todas elas.

A dificuldade da efetiva implementação dos direitos sociais reside exatamente nesta interpretação restrita dos hermeneutas pátrios. A solução para o problema, sugere a citada autora, estaria em associar também aos princípios a modalidade de eficácia positiva ou simétrica, de modo que a omissão inconstitucional possa ser sanada pela via judicial.

Para isso, vários critérios podem ser utilizados. O mais óbvio seria a eficácia jurídica resultar de uma expressa opção do legislador. Outro critério seria a tarefa hermenêutica da doutrina e da jurisprudência, até porque, o natural do Estado de Direito é que o efeito pretendido pela norma possa ser buscado integralmente no Judiciário, afinal, "O propósito do Direito é a promoção, pela imposição, de objetivos incorporados pela ordem jurídica por valiosos para a sociedade".[9]

Para conferir a eficácia jurídica positiva ou simétrica dois critérios poderão ser utilizados pela doutrina e jurisprudência: (a) a fundamentalidade social, isto é, o grau de importância ou relevância social, segundo uma abordagem filosófica, política e sociológica em determinada época ou grupo social; (b) fundamentalidade jurídica, ou seja, a fundamentalidade já conferida a determinadas situações pelo próprio ordenamento jurídico (pressupõe a fundamentalidade social), por exemplo, a "densidade" do texto da norma (seria a possibilidade de identificar com razoável precisão, a partir do texto da norma, os efeitos que ela pretende produzir e a "posição jurídica em que investe os jurisdicionados").

Com este intuito, reveste-se de importância as interpretações sistemáticas (subsistema temático e sistema geral) e teleológica.

## 1.2.Eficácia jurídica x Eficácia Social

Valendo-se de apanhado da teoria geral do direito, observa-se que, com o escopo de ordenar a conduta humana através das normas jurídicas, o direito erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano. Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade, denominam-se atos jurídicos. Os atos jurídicos, por sua vez, comportam análise científica em três planos distintos: o plano da existência, o da validade e o da eficácia.[10]

O plano da eficácia indica a eficácia jurídica da norma. Consiste na aptidão para a produção de efeitos. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. Todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo.

A efetividade ou eficácia social seria uma etapa posterior, consistente na realização no plano do ser (realidade social), do que foi estabelecido no plano do dever-ser (normativo). Significa a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, no dizer de Luís Roberto Barroso.[11]

Na visão de Uadi Lammêgo Bulos[12], eficácia social ou sociológica é a incidência concreta das normas constitucionais sobre os acontecimentos da vida, fazendo prevalecer os fatos sociais e os valores positivos inseridos nas constituições. Norma constitucional efetiva seria aquela obedecida, seguida e aplicada, correspondendo aos fatores reais do poder que regem a sociedade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet[131], a eficácia jurídica consistirá na aptidão de uma norma em vigor ser aplicada aos casos concretos e, por conseguinte, gerar efeitos jurídicos, sendo a efetividade o resultado concreto decorrente da decisão e a efetiva aplicação da norma.

A efetividade das normas jurídicas resulta, em geral, de seu cumprimento espontâneo. Quando houver resistência, caberá ao jurista formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas.

### 1.3 Evolução teórica acerca da eficácia das normas de direitos sociais

A análise da capacidade das normas constitucionais de produzir efeitos independentemente da intervenção do legislador despertou o interesse de vários doutrinadores pátrios ao longo do séc. XX[14]. Para uma melhor compreensão do tema serão sintetizadas algumas das mais importantes teorias existentes.

Valendo-se da classificação tradicional formulada pela doutrina americana, Ruy Barbosa, propôs classificação precursora em solo nacional, distinguindo as normas constitucionais em auto-aplicáveis (self-executing) e não auto-aplicáveis (not self-executing).

J. H. Meirelles Teixeira, influenciado pelas constituições de sua época, mais voltadas para a efetivação dos direitos sociais, reelaborou essa construção para reconhecer que mesmo as normas não auto-aplicáveis dispunham de alguma forma de aplicação, como a eficácia negativa, típica das chamadas normas programáticas. Por essa razão, o autor passou a classificar as normas constitucionais em normas de eficácia plena (que produzem, desde sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais) e normas de eficácia limitada ou reduzida (possuem eficácia negativa, interpretativa e integradora, mas precisam do legislador ordinário para produzirem todos os seus efeitos), subdivididas em programáticas e de legislação.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito[15] partiram de dois elementos distintivos: o modo de incidência das normas (de mera aplicação ou inintegráveis e normas integráveis) e a eficácia (normas de eficácia parcial e normas de eficácia plena).

Por sua vez, Maria Helena Diniz[16] procurou sistematizar as várias propostas, apresentando uma classificação em quatro grupos: (a) normas com eficácia absoluta, correspondentes às cláusulas pétreas, que independem da intervenção legislativa para produzirem efeitos; (b) normas com eficácia plena, que, ainda que não sejam cláusulas pétreas, também independem de participação legislativa; (c) normas com eficácia relativa restringível, mas de aplicação direta e imediata; (d) normas com eficácia relativa dependente de complementação legislativa, de aplicação apenas mediata, por não serem dotadas de normatividade suficiente para se aplicarem diretamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello[17], segundo a posição jurídica em que as normas constitucionais investem o jurisdicionado, apresenta as normas constitucionais em três grupos: (a) normas concessivas de poderes jurídicos; (b) normas concessivas de direitos; (c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Luís Roberto Barroso[18], tendo em vista a "consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais", propõe uma classificação em três grupos: (a) normas de organização, as quais, ainda que possam repercutir na esfera jurídica dos indivíduos, dirigem-se principalmente ao próprio Estado; (b) normas definidoras de direitos, que veiculam, como regra, direitos subjetivos, exigíveis prontamente; (c) normas programáticas, que demandam integração legislativa, mas dispõe de eficácia negativa.

A despeito das diversas classificações a respeito, este estudo procurará deter-se na análise das classificações reputadas mais significativas nesta seara, seja pela adesão da maioria dos autores nacionais, pela inovação proposta ou pela sua ruptura com a leitura até então vigente sobre o assunto.

Serão analisadas com mais vagar, as doutrinas de José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet e Sergio Moro, que, ressalvada a adequação de cada qual ao seu tempo, buscam compreender a extensão e os limites dos efeitos das normas constitucionais.

### 1.3.1 A doutrina tradicional de José Afonso da Silva

Como é sabido, Afonso da Silva[19] formulou a teoria sobre eficácia das normas constitucionais mais difundida em solo pátrio. Por meio da clássica disposição tripartida das normas constitucionais, classificou-as em (a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição pela atuação do legislador; (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que dependem de intervenção legislativa para produzirem seus principais efeitos.

Normas constitucionais de eficácia plena (a) são aquelas que produzem todos os seus efeitos essenciais ou têm a possibilidade de produzi-los desde a sua entrada em vigor na Constituição, visto que o legislador constituinte criou uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Terão eficácia contida (b) aquelas normas cuja entrada em vigor, proporciona desde logo a produção de todos os efeitos pretendidos, contudo, ainda podem ser contidas em certos limites, dadas certas circunstâncias.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada (c) não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte não estabeleceu uma normatividade para isso bastante, conferindo o exercício dessa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque necessitam de uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. As normas de eficácia limitada se subdividem ainda em dois grupos: (c.1) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e (c.2) declaratórias de princípio programático.

As normas constitucionais definidoras de direitos sociais são comumente enquadradas nessa categoria, daí, o maior enfoque conferido às normas de eficácia limitada.

A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo (c.1) está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Sendo assim, são aquelas através das quais o legislador constituinte traça



esquemas gerais de organização e regulação de órgãos e entidades, suas relações e atribuições, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.[20]

As normas constitucionais de princípio institutivo podem ser impositivas ou facultativas. Impositivas são as normas que estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para os fins previstos, por exemplo, art. 88 CF "a lei disporá sobre a criação e extinção dos Ministérios e órgãos da administração pública". As facultativas ou permissivas, como o próprio termo indica, não impõem uma obrigação ao legislador; dão-lhe mera faculdade de instituir ou regular a situação nelas delineada, v.g "Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (...) art.25 §3º CF" ou "a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual (...) art.125 §3º CF". Todavia, resta frisar que, uma vez tomada a iniciativa, a regra constitucional é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela consignados.

Cumprir-se que as normas constitucionais de princípio institutivo continuam dotadas de supremacia hierárquica, apesar da sua aplicabilidade integral depender da promulgação de uma lei integrativa. Esta, no caso, vale como instrumento de sua executoriedade. Terão aplicabilidade imediata tanto em relação à legislação anterior quanto em relação à legislação futura, que a elas tem que se conformar.

Já as normas constitucionais de princípios programáticos (c.2), Afonso da Silva define como aquelas que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. Cuida-se de normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a lhes traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.[21]

Daí a importância do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. O mesmo autor[22] elenca três razões principais, que destacam essa relevância: a) a convicção ainda existente de que a CF/88 está repleta de normas de intenção como se jurídicas e imperativas não fossem; b) tais normas traduzem os elementos sócio-ideológicos da constituição, onde se acham os direitos sociais, tomados em sentido amplo; c) essas normas indicam os fins e objetivos do Estado.

Deste modo, destaca o caráter vinculativo das normas programáticas, haja vista que, o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia ou sejam destituídas de conteúdo imperativo.

Conclui, por fim, que as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: (a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; (b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; (c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; (d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; (e) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.[23]

### 1.3.2 O "mandado de otimização" de Ingo Wolfgang Sarlet

Embora ressaltando a posição de vanguarda assumida por José Afonso da Silva na formulação da primeira teoria tripartite sobre eficácia das normas constitucionais na seara nacional em contraposição as concepções clássicas até então existentes, Sarlet enfatiza que, tal como as outras classificações propostas, o referido publicista não conferiu o indispensável destaque ao problema específico da eficácia dos direitos fundamentais, mormente após o tratamento inovador dispensado pelo art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, eis que inexistia dispositivo similar nas Constituições anteriores.

Contudo, antes de perquirir o significado e o alcance do referido parágrafo da Lei Fundamental, Sarlet destaca a íntima correlação existente entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, visto que, neste ponto, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem um complexo homogêneo. Segundo o autor, não podem ser desconsideradas as diversas funções assumidas pelos direitos fundamentais, que igualmente assumem relevância no que diz com a questão da eficácia.[24]

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais, em virtude de sua multifuncionalidade, podem ser classificados em direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos a prestações comumente são positivados sob a forma de normas programáticas, destituídas, até o momento que o legislador intervenha, de plena eficácia e aplicabilidade.

Dispõe o art. 5º, § 1º da CF/88: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Quanto à extensão e alcance, explica o autor, a situação topográfica do dispositivo sugere, a princípio, a aplicação da norma restrita aos direitos individuais e coletivos contidos no art. 5º CF/88. Entretanto, ressalva que a expressão literal do próprio dispositivo favorece interpretação diversa, ao fazer menção genérica aos "direitos e garantias fundamentais".

Acrescenta que a interpretação sistemática e teleológica do dispositivo também refuta qualquer tentativa de reduzir o alcance da norma, posto que o constituinte não pretendeu excluir do âmbito de aplicação, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade, parece inquestionável. Com maior razão, não constitui óbice o fato dos direitos fundamentais encontrarem-se dispersos no texto constitucional e nos tratados internacionais.

Quanto ao significado do art. 5º, § 1º da CF/88 para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que toca o problema de sua eficácia e aplicabilidade, pode-se destacar na doutrina duas posições extremadas: (a) os que defendem que a norma em

exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei; (b) os que sustentam que, mesmo normas de cunho nitidamente programático, podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direitos subjetivos individuais, independentes de concretização legislativa.

De toda forma, Sarlet[25] frisa que, a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (normas programáticas), correspondem a uma exigência do Estado Social de Direito. Com efeito, possuem natureza ideológica e representam os compromissos políticos firmados no momento constituinte, para atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais.

Em suma, o Constituinte de 1988 consagrou uma série de direitos fundamentais sociais e também considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Alguns direitos fundamentais sociais se enquadram, pela sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual inexistem maiores problemas em considera-los normas auto-aplicáveis.

Será aplicado a estes o art.5º, § 1º, mas nesses casos, o dispositivo assumirá posição diferenciada, se comparados a outros direitos fundamentais sociais que, em virtude de sua função prestacional e da forma de sua positivação, são denominados normas de baixa densidade normativa. Ainda que a estes também seja aplicado o princípio da aplicabilidade imediata, não há como sustentar que se dê de forma idêntica aos direitos de defesa.

Outra consideração pertinente feita pelo autor é a de que, em hipótese alguma, o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre os direitos fundamentais e as demais normas constitucionais.

Por outro lado, a adesão a qualquer das posições extremadas levaria a duas conclusões: (a) ou tornaria o citado preceito inexistente ou destituído de conteúdo, visto que nada mais se poderia fazer do que extrair da norma o que dela mesmo seria possível retirar; (b) ou se esbarraria, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais prestacionais, nos limites da reserva do possível, da falta de qualificação (e/ou legitimação) dos tribunais para implementação de determinados programas sócio-econômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.

Conclui Sarlet, que uma posição intermediária quanto ao significado da norma contida no art. 5º § 1º da CF, apresenta as melhores possibilidades de afirmação e realização prática. Para ele "se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico (...)uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais".[26]

O postulado da aplicabilidade não poderá resolver-se de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

O preceito gerará 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, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais.

Incubem aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair das normas que o consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais.

Acrescente-se, por fim, que ao afirmar que os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o autor não afastou a

possibilidade de, mesmo dentre os direitos fundamentais, existirem distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.

### 1.3.3 A proposta de Sergio Moro

Sergio Moro sugere uma nova interpretação constitucional como medida para solucionar o problema das normas constitucionais de eficácia limitada, haja vista a ineficiência dos instrumentos processuais criados pela CF/88, a interpretação restritiva conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao tema e a resistência da doutrina e da jurisprudência em abandonar a classificação abstrata das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade formulada por José Afonso da Silva em 1967.

A alternativa proposta[27] desloca a questão da aplicabilidade das normas constitucionais do âmbito da atribuição de graus diferentes de eficácia para o âmbito da repartição de competências entre o Legislativo e o Judiciário e os limites da atuação deste último.

A existência de mecanismos especiais de proteção e efetivação, tais como, as cláusulas pétreas, o apelo ao princípio da proporcionalidade, o princípio da concordância prática, entre outros, seriam indicativos do regime especial de tratamento dos Direitos Fundamentais conferido pela Constituição Federal.

Tendo em mente este regime especial, o referido autor empreende crítica severa a interpretação comumente empregada pela doutrina e jurisprudência nacionais que conferem eficácia às normas constitucionais, baseando-se tão somente na densidade da linguagem empregada pelo constituinte.

Acerca do § 1º do art. 5º da CF sustenta:

"(...) como toda norma constitucional traz em seu bojo a pretensão de efetivar-se, em princípio, tal dispositivo poderia ter sido dispensado pelo constituinte. Se o fez

expressamente, procurou esparcar qualquer dúvida acerca do conteúdo do dispositivo que destaca 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. (...) Viola o princípio da efetividade, orientador de toda hermenêutica constitucional, retirar a eficácia normativa e o sentido útil deste dispositivo, tal qual fazem os operadores do direito. Não se pode olvidar a importância dos princípios na interpretação constitucional, eis que, apenas estes, oferecem parâmetros de maior objetividade, reduzindo o risco de arbítrio do intérprete. Isto posto, os princípios, uma vez reconhecidos como tais, são vinculantes para o intérprete, que não pode deles dispor segundo o caso que se apresenta".[28]

Segundo Moro, o posicionamento sustentado por Sarlet, de que o mencionado dispositivo constitui "uma espécie de mandado de otimização", apesar de representar significativo avanço, caso tratado equivocadamente, poderia contribuir apenas para justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais.

O princípio da supremacia da constituição impõe que, no caso de inércia do Poder para qual a norma foi dirigida, os outros possam agir, no âmbito de suas atribuições, para cumprir os mandamentos constitucionais, sob pena de deixar a Lei Fundamental, que corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omissivo.

No entender de Moro, a aplicação de métodos adequados de interpretação constitucional conferirá legitimidade à jurisdição constitucional. Consistirá, na utilização dos métodos tradicionais de interpretação jurídica (literal, histórica, teleológica e sistemática) aliados aos princípios específicos aplicados à interpretação constitucional (supremacia da constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, interpretação conforme a constituição, unidade da constituição e princípios da razoabilidade e proporcionalidade), com o escopo de conferir solução ótima para o conflito no caso concreto, resguardando a força normativa do comando constitucional. Contudo, a legitimidade da intervenção judicial na esfera legislativa dependerá ainda da formulação da fundamentação suficiente de suas decisões.

Para corroborar sua tese, ressalta a importância de outra norma constitucional. Cuida-se do § 2º do art. 5º da CF: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A referência expressa no texto constitucional sobre existência dos denominados "direitos implícitos" indicaria que tal como o legislador, os juízes brasileiros também estariam autorizados a reconhecerem outros direitos fundamentais, decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados.

Por conseguinte, o intérprete, mediante atividade criativa, estaria autorizado a extrair direitos não-enumerados do texto constitucional, inclusive de dispositivos que veiculam princípios ou programas para os poderes públicos, desde que estes possam ser minimamente reportados ao texto constitucional e que encontrem apoio em argumentos convincentes.

Conclui Sergio Moro[29] que o § 2º do art. 5º autoriza o julgador a extrair dos princípios ou programas a regra que regulará o caso concreto, promovendo a intermediação necessária para sua aplicação imediata. Não é necessário aguardar a intermediação legislativa, haja vista, a atuação dos princípios da efetividade e da supremacia como orientadores da interpretação constitucional, com o intuito de conferir máxima efetividade às normas constitucionais.

Ressalva, entretanto, os casos das normas consistentes em ordens a legislar, tais como "(...) a lei reservará (...)", onde apenas o legislador pode atender plenamente a ela, editando a lei pertinente. Todavia, na ausência de lei, os juízes devem realizar a intermediação necessária, recorrendo a outras fontes além do texto constitucional, a fim de tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos. Sendo assim, todas as normas constitucionais, seja qual for sua natureza, podem e devem ser invocadas pelos juízes como razões de decidir nos casos concretos.



Isto posto, de acordo com esse posicionamento do autor, os limites ao desenvolvimento e efetivação destas normas decorrerão do sistema constitucional de divisão de competências.

Nesse diapasão, aos juízes, dada a especificidade de seu ofício, serão impostos os seguintes limites[30]: (a) o "dogma" da vedação da atuação do juiz como "legislador positivo" – o autor propõe o abandono do "dogma", ao argumento de que, segundo a CF, compete ao Judiciário o controle dos demais poderes constituídos, bem como lhe cabe a preservação da força normativa da Constituição, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa inconstitucional; (b) densidade insuficiente das normas constitucionais – a falta de densidade e a liberdade de conformação do legislador não podem constituir óbice intransponível à atuação judicial, especialmente, em relação aos princípios, programas ou a normas de direitos fundamentais a prestações materiais, visto que os juízes podem recorrer a elementos não-textuais para o preenchimento destes vazios legislativos, bastando para tanto a demonstração da reserva de consistência; (c) "reserva de consistência" das interpretações judiciais – não podem ser desenvolvidas ou efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar, que pode vir, inclusive, de ciências não-jurídicas; (d) reserva do possível – mesmo enfrentando dificuldades e recorrendo a dados empíricos, cabe ao juiz verificar quais prestações materiais, e em que grau, são de possível atendimento.

#### 1.4. O conteúdo eficaz das normas veiculadoras de direitos sociais

A questão da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, especialmente, os prestacionais, envolve uma série de dificuldades e problemas complexos. Constitui celeuma doutrinária e jurisprudencial desde outrora, devido às controvérsias comumente suscitadas nesta seara.

Uma melhor compreensão sobre o tema da efetividade das normas constitucionais tem como norte o grau de eficácia jurídica conferida às normas que veiculam os direitos

fundamentais sociais, vez que a capacidade da norma jurídica para produzir efeitos atua como pressuposto e por vezes determina a efetividade ou o nível de realização prática que será alcançada pela mesma.

Acerca da eficácia jurídica conferida a tais normas, a despeito das inúmeras existentes, foram analisadas, especialmente, as doutrinas de José Afonso da Silva, Ingo Wolfgang Sarlet e Sergio Moro, por apresentarem, em certa medida, caminhos diferentes das demais.

É indubitável que a doutrina de José Afonso trouxe importantes inovações ao tratamento da eficácia dos direitos fundamentais à sua época. Reflexo disso, é que se encontra tão arraigada no pensamento dos nossos tribunais, sempre tão conservadores, que a maioria dos doutrinadores e aplicadores do direito em solo nacional oferecem resistência as doutrinas mais progressistas como a de Sarlet.

Contudo, é preciso ter em mente que as normas contidas na Lei Fundamental de determinada sociedade precisam traduzir os novos anseios colhidos no sentimento social. É exatamente neste ponto que peca a doutrina de José Afonso da Silva. Formulada antes da Constituição Federal de 1988, não acompanhou as mudanças sociais, comprometendo, a nosso ver, uma interpretação mais condizente com a finalidade constitucional.

Como reflexo da insuficiência desta corrente, Krell adverte que "o autor aceita a criação de direitos subjetivos individuais a partir dos Direitos Fundamentais Sociais, somente na sua versão negativa, isto é, quando o legislador ou a administração tomem atitudes contra o objetivo expresso nelas: qualquer lei que atente contra esses princípios seria inconstitucional".[31]

Por sua vez, a doutrina encabeçada por Sergio Moro, promove uma mudança no enfoque comumente dado ao tema. Há de se notar, entretanto, que com o intuito de conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais, o precitado autor faz vista grossa às limitações conjunturais existentes no Estado Brasileiro que, mesmo com boa vontade, não poderão ser desprezadas, sob pena de, ao argumento de buscar maior efetividade as normas definidoras

de direitos fundamentais, promover verdadeiro retrocesso quando transposto para o plano da concretização constitucional, mormente por duas razões: (a) a inadequação entre o avanço na interpretação e o plano social (fazendo alusão ao papel do direito no plano do dever-ser, mas guardando relação com o ser), para não se tornar letra morta, desprovida de realização prática ou (b) o Judiciário produzir sentenças inaplicáveis pelos demais poderes, comprometendo a eficácia das decisões judiciais e a instituição.

Logo, acolhe-se a doutrina de Sarlet, por reputar-se a mais adequada ao atual estágio de desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais, segundo os limites políticos, econômicos e culturais do Estado brasileiro.

De acordo com o autor, boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na CF/88, consistentes nas chamadas liberdades sociais equivalem, em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, reclamando uma abstenção por parte do destinatário e não dependendo, em regra, da alocação de recursos e de concretização legislativa. Nestes casos, o art. 5º, § 1º, CF teria por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade, no sentido de sua exigibilidade em Juízo. Em suas palavras,

"Por derradeiro, em que pese certa contenção por parte do Supremo Tribunal Federal, podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade".[32]

No que toca aos direitos fundamentais sociais prestacionais, Sarlet admite a existência de maiores dificuldades se comparados aos direitos de defesa, principalmente, em função de seu objeto distinto, normalmente uma conduta positiva por parte do destinatário,

consistente numa prestação de natureza fática ou normativa, ou da forma mediante a qual costumam ser positivados, ou seja, como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferante de maior ou menor concretude.

Segundo ele, mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo direito imediatamente aplicável, nos termos do art. 5º § 1º, CF. A exemplo das demais normas, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.

A doutrina tradicional[33] costuma destacar uma espécie de eficácia mínima, em princípio, comum a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, quais sejam, (a) revogação dos atos subconstitucionais anteriores que com elas sejam incompatíveis; (b) limitação da liberdade do legislador; (c) atuação como parâmetros interpretativos para todo o sistema jurídico; (d) vedação à atuação legislativa ou administrativa em sentido contrário ao nelas prescrito. Nesses casos, a doutrina admite a possibilidade de intervenção judicial a fim de concretizar tais aptidões.

Para além dessa eficácia mínima, contudo, pretende-se destacar que os direitos fundamentais sociais prestacionais poderão assumir eficácia jurídica positiva ou simétrica, no dizer de Barcellos, quando essenciais para assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana. É dizer, o indivíduo terá direito subjetivo, podendo exigir judicialmente que os efeitos pretendidos pela norma sejam produzidos.

Pretende-se aqui desmistificar a tese de que os direitos fundamentais sociais definidores de uma prestação positiva do Estado oferecem obstáculos intransponíveis ao julgador que, para além dos limites jurídicos, estaria limitado por fatores culturais, políticos e econômicos. Os obstáculos existem, é verdade, mas podem ser adequadamente superados se o intérprete se mostrar comprometido com os objetivos constitucionais.

1. Barcellos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002, p. 27s.

2. Ibidem, 2002, p. 32s.

3. Canotilho, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5º ed., p.1144ss.

4. Barcellos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002, p. 47-51. A autora apresenta outros critérios: (a) conteúdo – os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito. Eles formam uma exigência de justiça, da equidade ou da moralidade, ao passo que as regras têm conteúdo diversificado e não necessariamente moral ; (b) origem e validade – a validade dos princípios decorre de seu próprio conteúdo, ao passo que as regras deles extraem seu fundamento de validade, segundo a teoria do escalonamento normativo; (c) compromisso histórico – para doutrina majoritária, os princípios são universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras caracterizam-se pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar; (d) função no ordenamento – os princípios têm uma função explicadora e justificadora em relação às regras, eis que, sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação; (e) estrutura lingüística – os princípios são mais abstratos que as regras, em geral não descrevem as condições necessárias para sua aplicação e , por isso mesmo, aplicam-se a um número indeterminado de situações; (f) esforço interpretativo exigido – os princípios exigem uma atividade argumentativa muito mais intensa, não apenas para precisar seu sentido, como também para inferir a solução que ele propõe para o caso, ao passo que as regras demandam apenas uma aplicabilidade burocrática e técnica; (g) aplicação – as regras têm estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo do "tudo ou nada" de Dworkin.

5. Barcellos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002, p. 51ss.
6. Espíndola, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais, 1ª ed., p.61ss.
7. Bonavides. Paulo. Curso de Direito Constitucional, 2004, p. 259ss. Paulo Bonavides explica que na fase jusnaturalista os princípios são vistos como ideais de justiça, restritos a uma esfera abstrata e metafísica. Na segunda fase, denominada juspositivista, os princípios assumem um caráter subsidiário, eis que, apesar de positivados nos Códigos, servem apenas como fonte de integração normativa no caso de lacuna da lei. Na terceira fase, a do pós-positivismo, opera-se a chamada "Revolução Principal", de sorte que, a inserção nas Cartas Constitucionais, elevará os princípios ao posto de fundamento axiológico e normativo de todo ordenamento jurídico. Tal revolução funcional culminará com a consolidação da juridicidade ou normatividade dos princípios, embora ainda dotados, nesta fase de transição, de baixo teor de densidade normativa.
8. Barcellos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002, p. 60.
9. Hesse, Konrad apud Barcellos, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, 2002, p. 91.
10. Mello, Marcos Bernades de. Teoria do Fato Jurídico, 1995, p.78s.
11. Barroso, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 2003, p.85.
12. Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, 2007, p.357/358.
13. Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2004, p.229.

14. Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2001, p. 73-77.
15. Bastos, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional, 2002.
16. Diniz, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos, 2003.
17. Mello, Celso Antônio Bandeira de. "Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social", in RDP nº 57/58, p.233ss.
18. Barroso, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas, 2003, p.92-122.
19. Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2001, p. 81ss.
20. Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2001, p. 126.
21. Silva, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2001, p. 138.
22. Ibidem, p. 139ss.
23. Ibidem, p. 164.
24. Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2004, p.251ss.
25. Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2004, p.259ss.
26. Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2004, p.264.
27. Moro, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, 2001, p. 13ss

28.Moro, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, 2001, p. 67ss.

29. Moro, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, 2001, p. 78ss.

30.Moro, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais, 2001, p. 84-100.

31. Krell, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha, 2002, p. 39s.

32. Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 2004, p.270s.

33. Ibidem, 2004, p.290-293.

### 1.5 Referências Bibliográficas

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_ O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. . Rio de Janeiro: Celso Bastos editor, 2002.



\_\_\_\_\_Hermenêutica e Interpretação Constitucional. Rio de Janeiro: Celso Bastos editor, 3ª ed., 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. – 5 ed. - Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio?, in Estudos de Direito Constitucional – Grau, Eros Roberto e Cunha, Sérgio Sérvulo da (orgs.), São Paulo, Malheiros, 2003, 261-276.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2003.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. Conceitos de Princípios Constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Salvador: JusPODIVM, 2008

MORO, Sergio Fernando. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PASSOS, J. J. Calmon de. A Constitucionalização dos Direitos Sociais, in Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, v. I, nº 06, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 jul. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

\* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Advogada. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL em convênio com o Instituto Luiz Flávio Gomes – LFG. Pós-graduanda em Ciências Penais pela UNISUL em parceria com LFG.

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080409101450919>.

Acesso em: 21 agosto 2008.