

RODRIGO VITORINO SOUZA ALVES

DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação -
Mestrado Acadêmico em Direito Público da Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Uberlândia, para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Walmott Borges.

Uberlândia

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A474d Alves, Rodrigo Vitorino Souza, 1985-
 Direitos fundamentais [manuscrito] : uma tomada de posição dos
 direitos sociais no sistema constitucional / Rodrigo Vitorino Souza Alves. -
 Uberlândia, 2011.
 196 f.

 Orientador: Alexandre Walmott Borges.
 Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.

 1. Direitos fundamentais - Teses. 2. Direitos sociais - Brasil - Teses. 3.
 Direito constitucional - Brasil - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II.
 Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
 Direito. III. Título.

CDU: 342.72/.73

FOLHA DE APROVAÇÃO

Direitos Fundamentais: uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema constitucional.

Rodrigo Vitorino Souza Alves

Dissertação submetida à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada em 08 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Orientador – Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – UFU/Uberlândia

Membro – Prof. Dr. Altamirando Pereira da Rocha – UFU/Uberlândia

Membro – Prof. Dr. Júlio César de Oliveira – UNIUBE/Uberlândia

AGRADECIMENTOS

A todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a realização da pesquisa e elaboração deste trabalho, em especial:

Aos colegas e professores do Programa de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, pela amizade desenvolvida durante os estudos e por todos os conhecimentos transmitidos.

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais – FAPEMIG, pela concessão de bolsa de estudos durante parte dos estudos.

Ao Professor Doutor Alexandre Walmott Borges, pela orientação científica, por sua confiança e amizade.

À esposa Paloma, aos meus pais e irmão, pelo amor, paciência, compreensão, e pelo imprescindível estímulo para a realização dos estudos.

A Deus, por tudo.

RESUMO

ALVES, R.V.S. **Direitos Fundamentais:** uma tomada da posição dos direitos sociais no sistema constitucional.

Com o presente trabalho pretende-se examinar os direitos fundamentais e a forma de sua consagração na Constituição brasileira de 1988, com ênfase no problema dos direitos sociais, buscando-se esclarecer quais são os parâmetros para a proteção judicial dos direitos sociais a prestações. Para tanto, a dissertação encontra-se estruturada em três capítulos, partindo de considerações abrangentes sobre os direitos fundamentais para um estudo específico dos direitos sociais. Apresenta-se o perfil histórico dos direitos fundamentais no primeiro capítulo, indicando suas principais fontes e descrevendo como foi seu desenvolvimento. No segundo capítulo, são estudados importantes aspectos dos direitos fundamentais, relacionados ao conceito e à classificação desses direitos, bem como à estrutura e à eficácia das normas que os definem. Explora-se, no terceiro capítulo, especificamente os direitos sociais, apreciando questões relacionadas ao conceito e à fundamentalidade desses direitos, ao problema da eficácia de suas normas e, finalmente, aos parâmetros para a sua justiciabilidade. No que diz com o método utilizado, uma vez que o trabalho é desenvolvido no campo da história do direito e do pensamento jurídico, da teoria geral do direito e da dogmática constitucional, é imprescindível que sejam realizadas pesquisas de ordem teórico-bibliográfica e documental. O perfil histórico dos direitos fundamentais é delineado a partir de obras clássicas referentes ao tema, desde o contratualismo dos séculos XVII e XVIII, e dos principais documentos históricos, desde a Carta Magna do Rei João Sem Terra, do século XIII. O estudo dos direitos fundamentais e particularmente dos direitos sociais, sob a perspectiva teórico-jurídica, é efetuado essencialmente com recursos bibliográficos, de autores nacionais e estrangeiros, enquanto que o exame jurídico-positivo, isto é, dogmático, é efetuado a partir da doutrina, da jurisprudência e, em especial, da Constituição brasileira. Esse recorte investigativo é justificado em função da importância reconhecida ao tema, tanto em razão da necessidade de se promover avanços na teoria dos direitos fundamentais, contribuindo para a decidibilidade dos conflitos com o menor grau de perturbação social, quanto da relevância dos direitos fundamentais para assegurar o gozo de uma vida digna. Desse modo, a cognição teórica dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, e da forma como se goza de tais direitos representa uma tentativa de superação de sérios problemas enfrentados pela dogmática jurídica e pela sociedade, ainda que modesto seja o resultado.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais; direitos sociais; eficácia.

ABSTRACT

ALVES, R.V.S. **Fundamental rights:** taking a position on social rights in the constitutional system.

This dissertation intends to examine the fundamental rights and the form of their recognition in the Constitution of 1988, with emphasis on the problem of social rights, trying to determine what are the parameters for judicial protection of social rights to public benefits. To reach this purpose, the dissertation is structured into three chapters, starting with a broader consideration about the fundamental rights moving to a specific study of social rights. It presents the historical profile of fundamental rights in the first chapter, stating their main sources and describing how was their historical development. In the second chapter, it is studied the important aspects of fundamental rights, related to the concept and classification of these rights as well as the structure and effectiveness of rules that define them. In the third chapter are explored specifically the social rights, appreciating issues related to the concept and fundamentality of those rights, as well as the problem of the effectiveness of their standards, in order to point some parameters to their justiciability. As far as the method is concerned, once the studies are done in the field of History of Law and Legal Thinking, the General Theory of Constitutional Law and Legal Dogmatic, it is essential that this research is carried out using related literature and documents. The historical profile of fundamental rights is outlined based on classical works on the subject, since the Contractualism of the seventeenth and eighteenth centuries, and key historical documents since the Magna Charta of King John Landless, in the thirteenth century. The study of fundamental rights and in particular of the social rights, under the theoretical-legal research, is made primarily with bibliographic resources of national and foreign authors, whereas the positive-legal examination, that is, dogmatic, is made from the doctrine, the jurisprudence and in particular the Brazilian Constitution. This angle is justified because of the importance accorded to the subject, both because of the need to promote advances in the theory of fundamental rights, contributing to the decidability of conflicts with the lowest degree of social disruption, and the relevance of fundamental rights to ensure the enjoyment of a dignified life. Thus, the cognition of fundamental rights, especially social rights, and of how to enjoy such rights is an attempt to overcome the serious problems faced by the Legal Dogmatic and by the society, albeit modest, is the result reached.

Key-Words: Fundamental rights; social rights; effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - Perfil histórico dos direitos fundamentais	15
1.1 Os direitos civis e a proteção da liberdade individual	17
1.2 A liberdade dos antigos: os direitos políticos	35
1.3 O avanço dos direitos sociais	55
1.4 Os direitos de solidariedade	75
CAPÍTULO 2 - Os direitos fundamentais e a Constituição brasileira de 1988	81
2.1 Aproximação ao conceito de direitos fundamentais	81
2.2 Classificação dos direitos fundamentais	87
2.3 Estrutura normativa	98
2.3.1 Enunciado normativo, norma e direito	99
2.3.2 Conceito e estrutura das normas de direitos fundamentais	102
2.4 Eficácia das normas de direitos fundamentais	120
CAPÍTULO 3 - Os direitos sociais como problema específico	131
3.1 O conceito de direitos sociais na teoria jurídica	131
3.2 Direitos sociais como direitos fundamentais	137
3.2.1 Sobre a necessidade de prestações positivas pelo Estado	138
3.2.2 A fundamentalidade dos direitos sociais	142
3.3 Conceito e fundamentalidade dos direitos sociais desde a Constituição brasileira de 1988	149
3.4 A eficácia das normas definidoras de direitos sociais a prestações	154

3.4.1 O suporte fático dos direitos sociais	155
3.4.2 Eficácia das normas de direitos sociais	161
3.4.3 Parâmetros para a judicialização dos direitos sociais	167
CONCLUSÃO	177
BIBLIOGRAFIA	185

INTRODUÇÃO

O tema dos direitos fundamentais vem sendo estudado a partir de diferentes perspectivas teóricas. Indagações sobre quais direitos um indivíduo possui como ser humano ou como membro de uma comunidade política são problemas relacionados a diversos campos do saber, cujos enfoques investigativos podem ser classificados em duas grandes categorias: a zetética e a dogmática¹.

No presente trabalho, pretende-se examinar o fenômeno do direito sob a perspectiva zetética, estudando-se as principais fontes históricas dos direitos fundamentais bem como alguns dos mais importantes aspectos teórico-jurídicos dos mesmos. Essa investigação permitirá conhecer como a teoria dos direitos fundamentais foi sendo desenvolvida ao longo da história e como doutrinadores contemporâneos refletem a respeito dos mesmos. Entretanto, embora uma investigação de tal natureza seja de grande relevância, com o trabalho pretende-se ainda formular considerações no campo da dogmática jurídica constitucional, isto é,

¹ De acordo com Ferraz Júnior (2003, p. 31-50), a investigação científica sob o enfoque zetético procura colocar as opiniões em dúvida, com função explicitamente especulativa, sendo esta especulação ilimitada na busca do saber ontológico, isto é, de informar a respeito do que é algo. A seu tempo, o estudo dogmático tem função diretiva, de como algo deve-ser, um saber deontológico, com questionamentos limitados por pressupostos. O estudo zetético pode ocorrer, por exemplo, nos campos da sociologia, antropologia, filosofia, história, politologia e economia, de modo que a zetética jurídica pode se manifestar, respectivamente, como sociologia jurídica, antropologia jurídica, filosofia do direito, politologia jurídica, economia política e teoria do direito. São investigações que têm em comum o fato de estar constantemente abertas ao questionamento dos objetos em todas as direções. A respeito das investigações dogmáticas, a ciência do direito é composta de disciplinas que tomam o referido objeto partindo de uma abordagem limitada aos marcos de uma ordem jurídica vigente. Essa ordem é para o estudante um dado, um ponto de partida inegável. Dentre outras, pode-se destacar como disciplinas dogmáticas a ciência do direito civil, constitucional, penal, processual e administrativo. O exame do direito sob essa perspectiva tem duas importantes funções: controlar as incertezas que a diversidade de opiniões pode trazer e possibilitar a decidibilidade dos conflitos que se lhe apresentam.

examinar os direitos fundamentais de uma perspectiva jurídico-positiva na Constituição brasileira de 1988².

No campo dos direitos fundamentais, um tema que nas últimas décadas ganhou destaque foi o dos direitos sociais (forma abreviada para os direitos econômicos, sociais e culturais). No século XX houve uma progressiva consagração desses direitos nas constituições. Contudo, sobre esse fenômeno, prestigiados juristas apresentam posicionamentos diversos, os quais se encontram, em muitos casos, polarizados, havendo grandes defensores e enérgicos críticos dos direitos sociais.

Por essa razão, o objetivo do presente trabalho é refletir sobre os direitos fundamentais e sua consagração na Constituição brasileira de 1988, com ênfase no problema dos direitos sociais, buscando-se esclarecer quais são os critérios para a proteção judicial dos direitos sociais a prestações.

Para tanto, esta dissertação encontra-se estruturada em três capítulos, partindo de considerações abrangentes sobre os direitos fundamentais para um estudo específico dos direitos sociais. No primeiro capítulo, é apresentado o perfil histórico dos direitos fundamentais, com o objetivo de apresentar suas principais fontes e de demonstrar como foi seu desenvolvimento. No segundo, são estudados importantes aspectos relacionados aos direitos fundamentais, os quais dizem respeito a seu conceito e classificação, bem como à estrutura e à eficácia das normas que os definem. No terceiro capítulo, explora-se especificamente os direitos sociais, apreciando questões pertinentes ao conceito, à fundamentalidade, ao problema da eficácia de suas normas e, finalmente, aos parâmetros para a sua justiciabilidade.

² De acordo com Canotilho (1993, p. 5), dogmática é um “complexo de conceitos e proposições (particularmente lógicos) que permite organizar e captar determinados ‘factos jurídicos’ (ex.: a dogmática dos direitos fundamentais permite-nos captar as dimensões objectiva e subjectiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica positiva portuguesa)”.

No que diz com o método utilizado, uma vez que o trabalho é desenvolvido no campo da história do direito e do pensamento jurídico, da teoria geral do direito e da dogmática constitucional, é imprescindível que sejam realizadas pesquisas de ordem teórico-bibliográfica e documental. O perfil histórico dos direitos fundamentais é delineado a partir de obras clássicas referentes ao tema, desde o contratualismo dos séculos XVII e XVIII, e dos principais documentos históricos, desde a Carta Magna do Rei João Sem Terra, do século XIII. O estudo dos direitos fundamentais e particularmente dos direitos sociais, sob a perspectiva teórico-jurídica, é efetuado essencialmente com recursos bibliográficos, de autores nacionais e estrangeiros, enquanto que o exame jurídico-positivo, isto é, dogmático, é efetuado a partir da doutrina, da jurisprudência e também de documentos normativos, em especial, da Constituição de 1988. Trata-se de um estudo de dogmática jurídica (mas não formal-positivista), prioritariamente analítica, mas também empírica e normativa, esta porque no final são propostos parâmetros para a concretização dos direitos sociais³.

Apresentada a estrutura do trabalho, bem como o objeto, o problema e o método da pesquisa, passa-se agora a expor alguns argumentos que demonstram sua importância. O primeiro argumento é válido não apenas para o recorte investigativo proposto. Trata-se de uma justificativa da própria dogmática jurídica. Isso porque, a investigação científica do fenômeno do direito, como foi visto, pode ser realizada sob uma perspectiva zetética e outra dogmática. Quanto a esta, não é sua

³ Para Alexy (2008, p. 32-37), há três dimensões da dogmática: uma analítica, uma empírica e uma normativa. A primeira se dedica à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente, analisando-se conceitos elementares, construções jurídicas, a estrutura do sistema e a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. A dimensão empírica examina tanto a legislação quanto a práxis jurisprudencial, possibilitando a cognição do direito positivo válido. A terceira dimensão, a normativa, avança para além do direito positivo válido, elucidando e criticando a prática jurídica, determinando qual a decisão correta em um caso concreto. Esta última dimensão visa apresentar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas deixadas em aberto.

característica a busca pelo “ser”, pela informação acerca da verdade, mas pelo “dever-ser”, pela orientação da ação. Embora o jurista não se detenha à investigação dogmática apenas, é importante destacar que esta tem uma relevante função social: possibilitar que os conflitos sociais sejam terminados sem maiores conseqüências perturbadoras. Sua função social envolve, portanto, a decidibilidade de conflitos. Isto ela faz ao direcionar a sistematização dos conceitos jurídicos (normas), ao apontar o caminho interpretativo (sentido das normas) e ao orientar a argumentação jurídica (decisão a partir das normas interpretadas). Em suma, a dogmática possibilita que os conflitos surgidos do comportamento humano sejam encerrados com o menor grau de perturbação social possível⁴.

Há, pelo menos, outras três razões que justificam a investigação sobre os direitos fundamentais, e especialmente, dos direitos sociais. A primeira reside na relevância desses direitos. Em cenários nitidamente caracterizados pela pobreza e por graves desigualdades, os direitos sociais assumem posição de elevada importância, pois, ao serem efetivados, cooperam para a redução dos problemas mencionados e para a garantia da dignidade da pessoa. O bem comum, finalidade primaz do Estado, somente pode ser atingido por meio da promoção da justiça social.

Toma-se como exemplo a situação da saúde nos países em desenvolvimento, de que faz parte o Brasil. Segundo recente relatório publicado pela Organização Mundial de Saúde, mais de um bilhão de pessoas não podem arcar com despesas relacionadas à área de saúde, sendo que 100 milhões de pessoas tornam-se pobres anualmente em razão de gastos com saúde⁵. Segundo essa mesma agência, estima-se que 26% das crianças com menos de cinco anos de idade estavam abaixo do peso em razão de desnutrição nos países em desenvolvimento em 2007, o que

⁴ Ferraz Júnior, *Função social da dogmática jurídica*, 1998, p. 119-171.

⁵ 1 bilhão de pessoas não podem pagar pela saúde, diz agência da ONU [2009], disponível em g1.globo.com, acesso em 22 de novembro de 2010.

representa um total de 112 milhões de crianças⁶; em 2008, havia por volta de nove milhões de mortes entre crianças com menos de cinco anos, equivalente a 65 para cada 1000 nascimentos com vida, sendo que mais de três milhões de crianças morrem de diarreia e pneumonia por ano⁷; a cada dia de 2008, aproximadamente 1000 mulheres morreram de sangramento após o parto, de infecções, em razão de crises de hipertensão e da prática de aborto⁸; no mesmo ano, 13% da população mundial (884 milhões) ainda permanecia sem acesso a água potável⁹.

Diante desse quadro, propõe a OMS que “os governos melhorem a eficiência dos seus sistemas de saúde e usem novos impostos e medidas inovadoras de arrecadação para financiar isso”¹⁰, ou seja, que tornem efetivo o direito social à saúde. O déficit da saúde, assim como outros problemas sociais, ainda restringe severamente a qualidade de grande parte da população mundial.

Diretamente ligado à primeira razão está a segunda. Se estiver correta a tese segundo a qual as liberdades constitucionalmente positivadas e a participação no processo democrático somente podem ser desenvolvidas no plano fático a partir do preenchimento de pressupostos materiais, havendo grande parte da população desprovida de suficiente substrato material que assegura o mínimo de dignidade, é inevitável a conclusão de que o exercício daqueles direitos resta prejudicado. Desse modo, ações estatais podem viabilizar o preenchimento dessas condições, para que os referidos direitos sejam efetivados.

⁶ *Underweight in children*,. disponível em www.who.int, acesso em 22 de novembro de 2010.

⁷ *Child mortality*, disponível em www.who.int, acesso em 22 de novembro de 2010.

⁸ *Maternal mortality*, disponível em www.who.int, acesso em 22 de novembro de 2010.

⁹ *Use of improved drinking water sources*, disponível em www.who.int, acesso em 22 de novembro de 2010.

¹⁰ *1 bilhão de pessoas não podem pagar pela saúde, diz agência da ONU* [2009], disponível em <http://g1.globo.com>, acesso em 22 de novembro de 2010.

Por fim, a terceira razão justificativa da investigação é a defesa de que a busca por maior elucidação dogmática sobre o tema merece especial atenção, porquanto trata da forma como a Constituição Federal é interpretada e aplicada, bem como o modo que os governados gozarão de seus direitos. Nesse contexto, há diversos problemas teóricos, especialmente relacionados à eficácia das normas definidoras de direitos sociais, os quais precisam ser mais bem esclarecidos. Isso, sem dúvidas, traz avanços para a ciência jurídica e reflete na realidade sócio-econômica do Brasil.

Com efeito, a cognição teórica dos direitos sociais e da forma como se goza de tais direitos representa uma tentativa de superação de sérios problemas enfrentados pela dogmática dos direitos fundamentais e pela sociedade, ainda que modesto seja o resultado atingido.

CAPÍTULO 1

Perfil histórico dos direitos fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 dedica diversos dispositivos à consagração de direitos que são considerados de elevada importância e dignos de receber especial proteção, os quais reúne especialmente em seu Título II. O reconhecimento do caráter especial dos referidos direitos, como é cediço, não consiste em mérito apenas da Assembléia Nacional Constituinte que aquela promulgou.

A positivação desses direitos em normas constitucionais é fruto de conquistas históricas, as quais pertencem ao patrimônio comum da humanidade¹¹. Por certo, houve um inquestionável progresso, normalmente analisado pela doutrina sob o prisma das “gerações de direitos”, que serve de inspiração e fundamento para a sua constitucionalização.

Esses direitos são denominados ora como “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”. Segundo Perez Luño¹², “direitos naturais” é o termo clássico usado no pensamento jusnaturalista, referindo-se àqueles direitos inatos ao homem (seja por uma necessidade da natureza humana, da razão ou por imposição divina), o qual foi sendo paulatinamente substituído pela denominação “direitos do homem”. Esta foi popularizada na esfera doutrinária pela obra de Thomas Paine, “*The Rights of Man*” (1791-1792). Na sequência, a expressão “direitos fundamentais” (fr. *droits fondamentaux*) aparece na França no ano de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sendo amplamente utilizada nas constituições modernas,

¹¹ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 21.

¹² Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, 2005, p. 29-33.

especialmente a partir da Constituição Alemã de Weimar de 1919 (al. *Grundrechte*). “Direitos humanos”, por ser expressão inclusiva (das mulheres), passou a ser utilizada nas discussões internacionais a partir da Segunda Guerra Mundial e da fundação da Organização das Nações Unidas.

Para fins didáticos, pode-se distingui-las da seguinte maneira: “direitos do homem” ou “direitos naturais” quando se faz referência ao reconhecimento dos direitos sob a ótica da filosofia, especialmente do jusnaturalismo, ou seja, em um plano pré-positivo; “direitos humanos” são os direitos positivados na esfera do direito internacional, em tratados e declarações; por fim, “direitos fundamentais” são aqueles direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado¹³.

Embora se distingam sob a perspectiva do reconhecimento (isto é, nos planos pré-positivo, internacional e interno), quanto ao conteúdo, há verdadeira unidade entre as categorias mencionadas. Isso porque todas elas, em que pese às diferenças relativas à positivação, dizem respeito aos direitos essenciais para a vida humana digna, reconhecidos como tais pelo jusnaturalismo e então positivados em documentos internacionais, especialmente na Declaração Universal de 1948, os quais inspiraram a maior parte das constituições do pós-guerra. Daí porque há quem busque

¹³ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 30. Sobre o tema, Canotilho (1993, p. 517) comenta que “as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

uma designação eclética, denominando-os como “direitos humanos fundamentais”¹⁴.

Prescindindo dessa discussão, por serem os direitos fundamentais uma conquista histórica (seja como direitos naturais, direitos do homem ou direitos humanos), serão tecidas breves considerações sobre o processo de consagração desses direitos como direitos fundamentais pelas constituições modernas.

1.1 Os direitos civis e a proteção da liberdade individual

O século XVIII presenciou o nascimento do constitucionalismo clássico. Este, inspirado no pensamento liberal e em declarações revolucionárias, deu início a um movimento de reconhecimento em estatutos legais de direitos fundamentais para a vida humana em sociedade. Eram assegurados especialmente os direitos relativos à proteção de uma esfera de liberdade individual em face do Estado.

Certamente, embora a formulação jurídico-positiva dos direitos fundamentais como direitos constitucionais seja um fenômeno recente, suas raízes filosóficas remontam a representantes históricos do pensamento humanista¹⁵.

Sobre essas fontes de inspiração, é em nada irrelevante mencionar a herança jurídica inglesa, as doutrinas filosóficas de John Locke e Thomas Paine, bem como as Declarações americana de 1776 e francesa de 1789, dada a grande repercussão histórica que as caracteriza.

O principal antecedente histórico do constitucionalismo clássico surgiu na Inglaterra do século XIII, a *Magna Charta Libertatum*. Este documento, firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões

¹⁴ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 32-33.

¹⁵ Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, 2005, p. 30.

ingleses, prestou-se como ponto de referência para direitos civis clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito de propriedade¹⁶. Sua mais conhecida cláusula é aquela contida no artigo 39:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land¹⁷.

A importância atribuída à Magna Carta não se deve ao seu caráter único nem tampouco pela amplitude do direito de liberdade que prevê, pois ela, de um lado, é apenas um exemplo de cartas de liberdade medievais¹⁸ e,

¹⁶ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 41.

¹⁷ “Nenhum homem livre será detido, aprisionado ou privado de seus direitos e possessões, ou feito fora-da-lei ou exilado, ou de maneira alguma destituído de sua posição, nem agiremos com força contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por legítimo julgamento dos seus pares, ou pela lei da terra” (*Magna Charta Libertatum*, §39, disponível em www.bl.uk, acesso em 05 de novembro de 2010, tradução nossa).

¹⁸ Perez Luño (2005, p. 33-34) menciona a existência de diversos documentos espanhóis em que o monarca reconhece limitações ao exercício de seus poderes em favor da Igreja, dos senhores feudais e das comunidades locais, isso nos moldes de declarações de liberdades. Destaca também alguns pactos firmados na Idade Média, como aquele realizado nas Cortes de León em 1188 entre Alfonso IX e o reino, na monarquia castellano-leonesa, e o privilégio geral outorgado por Pedro III nas Cortes de Zaragoza em 1283. Segundo Cerda (2006, p. 570-575), a Cúria de León, convocada por Alfonso IX, é tradicionalmente considerada a primeira manifestação parlamentar da Europa Medieval, a primeira a incorporar cidadãos na vida política do Reino, uma manifestação primitiva da democracia e o mais importante precedente histórico da reforma constitucional do século XIX. No entanto, discorda o autor dessa concepção tradicional, haja vista que no mesmo ano de 1188, diversas assembléias com caráter parlamentar foram realizadas na Europa, a exemplo da reunião convocada em janeiro por Henry II em Le Mans, com a presença de seus nobres continentais, que estabeleceu a cobrança de elevadas taxas para a promoção das cruzadas. No mesmo contexto, em fevereiro, por aproximadamente duas semanas, reuniram-se em Geddington Henry II com bispos, barões e outros poderosos. Na própria Espanha, em janeiro de 1188, Alfonso II, rei de Aragão, conde de Barcelona e marquês de Provença, reuniu-se com seus bispos e nobres em “corte solene” na cidade de Huesca, resultando na concessão de privilégios para os mosteiros de Santa Cruz e Montearagón. Não considera, portanto, a Assembléia de León como sendo a primeira ou mais importante reunião em caráter parlamentar. Prescindindo dessa discussão, é fato que o ano de 1188 pode ser considerado como um

de outro, considera livres apenas alguns estamentos (não inclui, por exemplo, a grande massa dos *villains*), isto é, a Carta serviu especialmente para garantir privilégios aos nobres ingleses. No entanto, é digna de destaque em função de sua notável continuidade, algumas vezes interrompida, mas nunca totalmente cortada, sendo uma pedra basilar para o parlamentarismo inglês e para o desenvolvimento dos direitos de liberdade já mencionados¹⁹.

Também na Inglaterra, podem ser destacadas as declarações de direitos do século XVII, as quais asseguraram direitos aos cidadãos ingleses, tais como o princípio da legalidade penal, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*²⁰. São os atos do Parlamento Inglês: *Petition of Rights* de 1627, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689 e *Act of Settlement* de 1700²¹.

A rigor, a *Petition of Rights* (1627) não foi uma declaração de direitos. Na verdade, consistiu de uma petição dirigida pelo parlamento ao rei solicitando que este garantisse o seu respeito pelos antigos direitos e liberdades territoriais, uma *confirmatio cartarum*, o que foi concedido. A relevância dessa petição está no reconhecimento de liberdades não apenas a determinados estamentos, mas para todos os ingleses²².

período de intensa atividade parlamentar, isto é, de inclusão de cidadãos na vida política do Reino.

¹⁹ Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 1997, p. 421.

²⁰ Ibidem, p. 422-423.

²¹ Documentos disponíveis em www.legislation.gov.uk, acesso em 15 de outubro de 2010.

²² Alguns anos depois, diante do regime autoritário de Charles I, que buscava tutelar o indivíduo em sua consciência religiosa, estourou um conflito em que se reivindicava a autonomia dos indivíduos e das paróquias em questões religiosas. Essa reclamação de autonomia, isto é, de uma esfera de liberdade inviolável sobre a qual o Estado não pode dispor, converteu-se em veículo para abrir caminho à idéia dos direitos fundamentais. Na mesma época, surge a idéia de que as comunidades e os poderes políticos são constituídos por um contrato social. Especialmente prevendo a proteção da liberdade religiosa, o *Agreement of the People* (1647) pretendeu ser esse instrumento, o qual seria submetido à votação de todo o povo inglês, servindo-lhe de constituição. Entretanto, não passou de um projeto (ZIPPELIUS, 1997, p. 422-423).

Também no século XVII, tendo como antecessor o mencionado artigo 39 da Magna Carta, o *Habeas Corpus Act (1679)* tratou de formular inequivocamente a proteção contra detenções arbitrárias. Segundo o documento, cada detido deveria ser apresentado pessoalmente e no prazo de três dias ao *Lord Chancellor*, ao *Lord Privy Seal* ou ao tribunal, a fim de que se comprovassem os verdadeiros motivos da prisão.

O *Bill of Rights (1689)* é um dos resultados da Revolução Gloriosa, o golpe que conduziu à superação do regime absolutista inglês. Trata-se de uma declaração de direitos promulgada pelo Parlamento que prevê garantias a favor do deste e também dos indivíduos em geral. Entre outros, previu-se o direito de petição ao rei, de crença protestante, de liberdade de expressão e debate, bem como a vedação de penas excessivas e cruéis.

Outro estatuto, *Act of Settlement of 1700*, apesar de restringir a liberdade religiosa (pois qualquer que professasse o Catolicismo Romano como crença seria excluído de qualquer instância do governo), declarou direitos e liberdades individuais, impondo limitações diversas à Coroa perante o Parlamento.

Estes estatutos, embora tenham servido de inspiração para outras cartas de direitos, em particular as norte-americanas, não objetivavam a proclamação de direitos do homem universal (como fizeram os americanos e franceses), mas apenas do homem inglês. Além disso, embora tenham sido considerados como direitos fundamentais, não houve constitucionalização dos direitos, de forma que também o Parlamento fosse por eles limitado. Por essa razão, não são considerados como fonte imediata para a concepção dos direitos humanos fundamentais. Digna de ser mencionada é a posição de Sarlet²³:

²³ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 43.

Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdade civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdade – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

Contudo, foi na filosofia do século XVII, herdeira da teologia cristã desenvolvida nos vários séculos que a antecederam, que surgiu a corrente de pensamento que influenciou decisivamente a teoria dos direitos humanos e fundamentais, ao defender a existência de direitos naturais do homem, anteriores ao Estado, os quais se impõem como seu limite intransponível.

Na base dessa doutrina está o inglês John Locke, cuja obra, *Two Treatises of Government*, publicada em um ambiente de reivindicação de direitos, pouco depois da Revolução Gloriosa, não se limitou a defender o direito dos ingleses apenas. Nela, além de uma teoria de divisão de poderes, desenvolveu a idéia de que os homens seriam dotados de liberdades originárias e inalienáveis²⁴.

Para ele, os homens estão naturalmente em um estado de perfeita liberdade para determinar suas ações e dispor de suas possessões e pessoas como pensam ser adequado, sendo iguais em poder e jurisdição. Trata-se do “estado de natureza”²⁵.

Entretanto, essa liberdade não é absoluta. Embora seja um estado em que haja ausência de controle da liberdade por outros (subordinação),

²⁴ Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 1997, p. 424.

²⁵ Locke, *The Second Treatise of Civil Government* [1689], Capítulo II, §4º.

os homens não têm licença para destruir a si mesmos ou a outros, nem tampouco para subordiná-los de qualquer modo. Isso porque estão todos obrigados à lei da natureza, que é a razão, a qual ensina aos homens que, sendo todos iguais e independentes, não devem uns causar danos à vida, saúde, liberdade e posse dos demais. Acrescenta Locke que são todos os homens obra do único onipotente e sábio criador – Deus – que os envia ao mundo sem conceder-lhes autorização para mútua destruição²⁶.

Esse estado é contraposto às sociedades políticas. Nestas, os homens, usando da liberdade natural, consentem em se sujeitar a um poder político²⁷, definido por Locke²⁸ como o direito de fazer leis com a finalidade de regular e preservar a propriedade, empregando a força da comunidade para sua execução.

Uma tal sujeição somente ocorre porque os homens são dotados por Deus com a inclinação para a vida em sociedade, inclusive capacitados com entendimento e linguagem para que isso seja possível²⁹, e também porque a reunião em comunidade possibilita o desfrute de uma vida mais confortável, segura e pacífica. Por meio do “contrato social”, transferem às pessoas autorizadas na sociedade política a parcela necessária de liberdades e direitos – embora deles não abdicuem – para assegurar a vida social no interesse de todos. Enfim, forma-se um corpo político em que a maioria tem o direito de agir e decidir pelo restante³⁰.

Nesse sentido, pode-se concluir que Locke funda o paradigma do liberalismo político. Por mais paradoxal que pareça, em Locke, o direito,

²⁶ Ibidem, Capítulo II, §6º.

²⁷ Ibidem, Capítulo VIII, §95.

²⁸ Ibidem, Capítulo I, §3º.

²⁹ Ibidem, Capítulo VII, §77.

³⁰ Ibidem, Capítulo VIII, §95.

por meio de seus comandos, prescrições, proibições, imposições, tem por essência assegurar o máximo de liberdade a cada indivíduo³¹.

Sob a influência de Locke, Thomas Paine examina a origem dos governos na obra *Common Sense*, advogando o princípio da liberdade e da propriedade individuais, a legitimidade do poder pelo consentimento dos governados e o direito de resistência.

Sua tese fundamenta-se na diferença entre sociedade e governo. Para o autor, a sociedade é produzida por nossos desejos, e o governo pelas fraquezas; aquela promove a felicidade positivamente, ao unir qualidades, o último a promove negativamente, ao restringir os vícios; a sociedade encoraja o relacionamento, ao passo que o governo cria distinções; em cada estado, a sociedade é uma bênção (o patrono), enquanto que o governo é um mal necessário (dotado do poder punitivo) diante da desobediência do homem à sua consciência³².

Nessa direção, Paine³³ defende que a origem do governo está na necessidade. Para explicar seu posicionamento, supõe a existência de um pequeno número de pessoas vivendo isoladas das demais. Esse grupo, vivendo em um estado de liberdade natural, percebe as vantagens da vida em sociedade e se organiza. No início, não é preciso destinar alguns para o exercício do governo, pois é viável o gerenciamento das questões comuns por todos. “No primeiro parlamento, cada homem, por direito natural, tem um assento”³⁴.

Entretanto, com o crescimento da comunidade e conseqüentemente dos interesses, torna-se conveniente eleger um número de representantes,

³¹ Billier; Maryioli, *História da filosofia do direito*, 2005, p. 147.

³² Paine, *Common sense* [1776], Capítulo I, §§1º e 2º.

³³ Ibidem, Capítulo I, §2º.

³⁴ Ibidem, Capítulo I, §5º.

os quais comporão o legislativo³⁵, cuja finalidade é promover a ampliação da felicidade e da segurança³⁶.

Em semelhança com Locke, Paine entende que o governo nasce da transferência de direitos pelos homens, tendo em vista o próprio benefício. O direito de propriedade, carente de proteção – pois nem todos obedecem à própria consciência – é restringido em parte para que haja segurança. Isto é, o indivíduo submete parte de sua propriedade para criar meios de proteção do restante dela³⁷.

Paine prossegue examinando o problema da monarquia e da sucessão hereditária (Capítulo II), bem como o estado dos interesses americanos naquela época (Capítulos III, IV e Apêndice). A esse respeito, suas reflexões influenciaram diretamente a elaboração da Declaração da Independência americana³⁸. Isso não foi apenas acidental, mas proposital, haja vista que defendia a independência norte-americana. Na última parte de sua obra, escreveu: “não seja ouvido outro título entre nós senão o de um bom cidadão, um amigo aberto e resoluto, e, um apoiador virtuoso dos direitos da humanidade e dos Estados da América livres e independentes”³⁹.

Com mesma data que a obra *Common Sense*, de Paine, a Declaração da Independência americana de 1776 constitui um marco na ruptura dos colonos de origem britânica com a coroa inglesa. Nela constou o seguinte:

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments

³⁵ Ibidem, Capítulo I, §6º.

³⁶ Ibidem, Capítulo I, §7º.

³⁷ Ibidem, Capítulo I, §2º.

³⁸ Billier; Maryoli, *História da filosofia do direito*, 2005, p.167.

³⁹ Paine, *Common sense* [1776], Apêndice.

are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”⁴⁰.

Essa Declaração proclama valores considerados anteriores e superiores ao Estado, os quais devem vincular o próprio legislador. Embora os direitos do homem tivessem sido apregoados por filósofos contratualistas, a exemplo do francês Rousseau e do inglês Locke, o documento americano é “a primeira grande manifestação política destes princípios”⁴¹.

O texto, contudo, constitui apenas uma proclamação e justificação de direitos, com elevada importância política, mas desprovida de valor jurídico. Segundo Morange⁴², professor da Universidade de Paris, “a primeira manifestação jurídica da filosofia dos direitos humanos se encontra no célebre *Bill of Rights* (ato de direitos) que precede o texto da Constituição da Virgínia (1776)”⁴³.

⁴⁰ “Nós defendemos como sendo auto-evidente que todos os homens são criados iguais, e são dotados por seu Criador com alguns Direitos inalienáveis, que entre esses estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade; Que para assegurar esses direitos, Governos são instituídos entre os Homens, derivando o poder do consenso dos governados; Que, se qualquer Forma de Governo se tornar destrutiva em relação a esses fins, é Direito do Povo de alterá-lo ou aboli-lo, e de instituir novo Governo, tendo como fundamento aqueles princípios e organizando seus poderes de modo a promover a Segurança e a Felicidade” (*Declaration of Independence*, §2º, disponível em www.archives.gov, acesso em 22 de novembro de 2010, tradução nossa).

⁴¹ Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, 2004, p. 6. Alguns documentos antecederam a declaração, prevendo liberdades para os colonos americanos: *Mayflower Compact* (1620), *Fundamental Orders of Connecticut* (1639) e *Massachusetts Body of Liberties* (1641), os quais estão disponíveis em www.loc.gov, acesso em 22 de novembro de 2010.

⁴² Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, 2004, p. 6.

⁴³ A esse respeito, diverge Sarlet (2010, p. 44), na esteira de Martin Kriele, ao defender que os americanos tinham direitos fundamentais, enquanto que os franceses legaram ao mundo os direitos humanos. No entanto, a Declaração de Direitos inserida no início da

Escrita por George Mason e adotada pela Convenção Constitucional da Virgínia de 12 de junho de 1776, esse documento prevê:

SECTION 1. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety. SECTION 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them. SECTION 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety, and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal⁴⁴.

A Carta de Direitos, portanto, assegura a todo indivíduo o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à busca pela felicidade, direitos esses considerados inatos, aos quais está vinculado o governo, sob pena de reforma, alteração ou abolição. Além disso, é previsto na Seção 5 a

Constituição da Virgínia de 1776 já considerava a existência de direitos inerentes a todos os homens, e não os endereçando apenas aos americanos.

⁴⁴ “Seção 1. Que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, tendo certos direitos inerentes, que não podem, quando em um estado de sociedade, por qualquer meio, ser privados ou retirados de sua posteridade, a saber, o direito ao gozo da vida e da liberdade, com meios para aquisição e posse de propriedade, à busca e obtenção da felicidade e segurança. Seção 2. Que todos os poderes são investidos pelo, e conseqüentemente derivados do povo; que os magistrados são seus representantes e servos, e que em todos os tempos controlados por eles. Seção 3. Que o governo é, ou deveria ser, instituído para o bem comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; em todos os variados modos e formas de governo, sendo melhor o que for capaz de produzir o maior grau de felicidade e segurança, o que mais efetivamente seja preservado do perigo da má administração; e que, se um governo for inadequado ou contrário a esses propósitos, a maioria da comunidade tem um indubitável, inalienável e intransponível direito de o reformar, alterar ou abolir, do modo que julgar mais benéfico” (*Constitution of Virginia*, 1776, disponível em www.nhinet.org, acesso em 22 de novembro de 2010, tradução nossa).

separação de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), na Seção 6 as eleições livres das quais participam todos os homens com permanente interesse na e vínculo com a comunidade, direitos relacionados ao processo criminal (contraditório, celeridade, júri imparcial, o benefício da dúvida, o direito de não produzir prova contra si mesmo, o devido processo legal) são assegurados na Seção 8, em seguida a proteção contra penas ou multas excessivas, na Seção 16 o direito ao livre exercício da religião em observância aos valores da paciência, amor e caridade, entre outros. Na seqüência, a Constituição da Virgínia dedica vários parágrafos para expor as razões pelas quais o governo, anteriormente exercido pela coroa britânica, estava sendo dissolvido, e para apresentar qual seria a nova forma de governo, conforme o entendimento dos representantes do povo.

Mais de uma década depois, em 1787, a Constituição Federal americana foi promulgada, com o objetivo de “estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade doméstica, proporcionar a defesa comum, promover o bem-estar geral, e preservar as bênçãos da liberdade”⁴⁵. Embora siga o mesmo ideal dos documentos anteriores, a Carta não continha uma declaração de direitos, pois, segundo o Federalista, se o Estado tinha o poder de proclamá-los, também o tinha para negá-los. Contudo, as dez primeiras emendas propostas ao Congresso em 21 de setembro de 1789 e ratificadas em 1791 mencionam direitos e liberdades, definindo as relações entre o Estado federal e os Estados federados⁴⁶, ressaltando-se, à nona emenda, que “a enumeração na Constituição, de certos direitos, não deve ser entendida como negação ou menosprezo a outros direitos reconhecidos pelo povo”, sendo afastada, portanto, a crítica constante na obra Federalista.

⁴⁵ *The United States Constitution*. Disponível em: www.house.gov. Acesso em: 23 de novembro de 2010.

⁴⁶ Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, 2004, p. 7.

Destacam-se os seguintes direitos: direito à liberdade religiosa, de expressão, de imprensa, de associação e de peticionar ao Governo a correção de injustiças (primeira emenda); direito à proteção contra busca e apreensão injustificadas (quarta emenda); direito de não produzir provas contra si mesmo, ao devido processo legal, à proteção contra expropriações para uso público sem compensação justa (quinta emenda); e, direito à celeridade e publicidade no processo penal, bem como a um júri imparcial (sexta emenda).

Influenciada pelos americanos, como atestam as discussões na Assembléia Constituinte, e igualmente inspirada na filosofia contratualista, a proclamação pelo povo francês da Declaração dos direitos do homem e do cidadão⁴⁷ em 27 de agosto de 1789 representou também grande avanço para a teoria dos direitos fundamentais. A maior repercussão internacional obtida pela Declaração em comparação com os documentos americanos e ingleses é explicada pelo fato de a França ser a primeira potência política ocidental no final do século XVIII, por ser a língua francesa lida e compreendida em todos os meios cultos, e por ter sido obra de juristas de envergadura⁴⁸.

Quanto ao seu conteúdo, é previsto nos dois primeiros artigos da Declaração que o propósito da sociedade é a felicidade comum, que o homem é dotado por natureza dos direitos à igualdade, à liberdade, à

⁴⁷ Sobre a diferenciação entre direitos do homem e do cidadão, comenta Canotilho (1993, p. 517-518) que: “como é sabido, a Declaração de Direitos de 1789 intitulou-se *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Daí que se procurasse distinguir entre *direitos do homem* e *direitos do cidadão*: os primeiros pertencem ao homem enquanto tal; os segundos pertencem ao homem enquanto ser social, isto é, como indivíduo vivendo em sociedade. Esta classificação pressupõe uma separação talhante entre *status negativus* e *status activus* (na terminologia de G. Jellinek), entre direito individual e direito político. Vendo bem as coisas, a distinção em referência é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binómio homem — cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica”.

⁴⁸ Morange, *Direitos humanos e liberdades públicas*, 2004, p. 8.

segurança e à propriedade, os quais são detalhados nos artigos seguintes, sendo o governo instituído para garantir o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis⁴⁹. Entretanto, o caráter jurídico desses direitos somente foi reconhecido na França com a promulgação da Constituição de 1791, a primeira Constituição escrita da história da França.

Embora tenha mantido fora do *corpus* constitucional a Declaração de 1789, por esta ser considerada de caráter universal e perene (e não apenas pertencente à nação francesa), a Constituição fez dos direitos nela previstos o seu fundamento⁵⁰. Além disso, acrescenta aos direitos previstos na Declaração, detalhando-os⁵¹. A esse respeito, no Título I da Carta, denominado “Disposições fundamentais garantidas pela Constituição”, assegura-se que:

A Constituição garante como direitos naturais e civis que:
(...)

3º Os mesmos delitos serão punidos pelas mesmas penas sem distinção alguma de pessoas.

A Constituição garante igualmente como direitos naturais e civis: a liberdade para todo homem ir, permanecer e partir sem poder ser impedido ou detido, senão em conformidade às formas determinadas pela Constituição; a liberdade para todo homem de falar, escrever, imprimir e publicar seus pensamentos, sem que os seus escritos possa ser submetidos a censura alguma ou inspeção antes de sua publicação, e exercer o culto religioso ao qual esteja ligado; a liberdade aos cidadãos de se reunirem pacificamente e sem armas, cumprindo as exigências das leis de polícia; a liberdade de enviar, às autoridades constituídas, petições assinadas individualmente.

O poder legislativo não poderá fazer nenhuma lei que possa prejudicar e obstaculizar o exercício dos direitos naturais e civis, consignados no presente título e garantidos pela Constituição.

⁴⁹ *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, disponível em www.dhnet.org.br, acesso em 22 de novembro de 2010.

⁵⁰ “A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos” (Constituição Francesa de 1791, disponível em www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf, acesso em 22 de novembro de 2010).

⁵¹ Israel, *Direito das liberdades fundamentais*, 2005, p. 103-105.

Mas como a liberdade consiste em só fazer aquilo que possa prejudicar os direitos de outrem e a segurança pública, a lei pode estabelecer penas contra atos que, ao atacarem a segurança pública ou os direitos de outrem, sejam nocivos à sociedade.

A Constituição garante a inviolabilidade das propriedades, ou a justa e prévia indenização daquelas propriedades cuja necessidade pública, legalmente comprovada, exija o sacrifício.

Constituições de outros Estados também asseguraram direitos fundamentais na esteira da tradição liberal⁵². Pode-se falar da Constituição espanhola de 1812, norueguesa de 1814, portuguesa de 1822, brasileira de 1824, belga de 1831, das Constituições da Itália em 1848 e da Alemanha em 1849.

No contexto brasileiro, após a independência, buscou-se a promoção da unidade nacional e a realização do liberalismo por meio de uma constituição escrita. Para tanto, a Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824⁵³, que regeu o país até o fim da monarquia, combinando idéias de constituições européias, como a francesa e a espanhola, previa um mecanismo de divisão de poderes (artigos 9º e 10⁵⁴) – segundo a formulação quadripartida de Benjamin Constant – e uma declaração de direitos (artigo 179⁵⁵), conforme postulava o artigo 16 da Declaração

⁵² Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, 2005, p. 37; Velloso, *Os direitos sociais na Constituição do Brasil*, 2003, p. 4; Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 29.

⁵³ As constituições e a legislação infraconstitucional do Brasil estão disponíveis em www.planalto.gov.br, acesso em fevereiro de 2010.

⁵⁴ “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.” (*Constituição Política do Império do Brasil*, disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 22 de novembro de 2010).

⁵⁵ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte (...)” (*Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824*, disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 22 de novembro de 2010).

francesa⁵⁶. Basicamente, os direitos básicos assegurados eram a liberdade, a segurança e a propriedade, sendo estes detalhados em 35 incisos. Entre eles: “IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publica-los pela Imprensa, sem dependencia de censura (...)”; “V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”; “XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Os liberais lutaram por maior descentralização, o que foi conquistado com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. Nela, foi abolido o poder moderador, agasalhando-se a doutrina tripartida de Montesquieu, e foram asseguradas as liberdades democráticas⁵⁷. No caput do artigo 77, rezava: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”⁵⁸, nos termos dos 31 parágrafos seguintes, destacando-se: “§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; “§ 2º - Todos são iguais perante a lei”; “§ 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”; “§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”; “§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência”.

⁵⁶ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 76-77; Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 29. O artigo 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (*Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, disponível em www.dhnet.org.br, acesso em 22 de novembro de 2010).

⁵⁷ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 80-81.

⁵⁸ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*, disponível em: www.planalto.gov.br, acesso em 22 de novembro de 2010.

À semelhança destas, as Constituições seguintes preservaram no texto uma declaração de direitos civis, apesar de todos os problemas de efetividade que enfrentaram: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (Título III – “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II – “Dos direitos e garantias individuais”), Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (“Dos direitos e garantias individuais”, artigos 122 e 123), Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (Título IV – “Da declaração de direitos”, Capítulo II – “Dos direitos e garantias individuais”), Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Título II – “Da declaração de direitos”, Capítulo IV – “Dos direitos e garantias individuais”), a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (Título II – “Da declaração de direitos”, Capítulo IV – “Dos direitos e garantias individuais”) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais”, Capítulo I – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”).

Essas constituições brasileiras, todavia, se caracterizam por um grande déficit de efetividade. Segundo Carvalho⁵⁹, o período colonial legou ao Brasil uma herança de escravidão, que negava a condição humana do escravo, e a grande propriedade rural, fechada à ação da lei. Esses fatores revelaram-se persistentes e consistiram e ainda consistem em verdadeiros empecilhos ao exercício dos direitos civis.

O Brasil foi o último país de tradição cristã e ocidental a libertar escravos, o fazendo em 1888. Durante todo o período imperial, a escravidão era o principal instituto na ordem econômica brasileira, havendo escravos em todas as províncias, no campo e nas cidades, sendo a posse de escravos muito difundida. Mesmo após a edição da Lei Áurea e da Constituição Republicana de 1891, aos libertos não foram dadas nem escolas, nem terras, nem empregos, de modo que muitos regressaram para

⁵⁹ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 45-56.

as fazendas para retomar o trabalho por baixo salário, sendo até os dias atuais sentidos os efeitos da escravidão por setores da população brasileira.

Em relação à grande propriedade, o regime do coronelismo predominou na sociedade rural até 1930, ainda exercendo seu poder em algumas áreas do país, como Nordeste, Norte e Centro-Oeste. Esse regime significa a negação da justiça. Direitos de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam todos dependentes do poder do coronel. A lei, que devia ser garantia de igualdade, tornava-se instrumento de castigo, arma contra os inimigos. Daí a expressão popular da época: “Para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei”.

A esse quadro são acrescentados os períodos ditatoriais experimentados no século XX, o Estado Novo de 1937 a 1945 e o Regime Militar de 1964 a 1985, nos quais houve supressão de direitos civis. Especialmente em relação ao segundo período, Carvalho⁶⁰ destaca que os direitos civis foram duramente atingidos por medidas de repressão, especialmente por meio dos “atos institucionais” editados pelos presidentes militares. Houve censura da imprensa, eliminando-se a liberdade de opinião; não havia liberdade de reunião, sendo os partidos regulados e controlados pelo governo e os sindicatos estavam sob constante ameaça de intervenção; o direito de defesa era cerceado por prisões arbitrárias, sendo suspenso o *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional; a justiça militar julgava crimes civis; a inviolabilidade do lar e da correspondência eram inexistentes; o direito à integridade física era desconsiderado nos casos de tortura praticados nos cárceres do governo.

A Constituição brasileira de 1988 representa nesse contexto um marco histórico na recuperação dos direitos civis estabelecidos antes do regime militar, trazendo também importantes inovações, como a criação do

⁶⁰ Ibidem, p. 158-167.

direito ao *habeas data*, o mandado de injunção, a definição do racismo como crime inafiançável e imprescritível e da tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, a proteção do consumidor, entre outros⁶¹. E foi somente após a redemocratização e a promulgação da nova Constituição que atos internacionais como o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966, a Convenção americana sobre direitos humanos – Pacto de São José – de 1969 e a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 entraram em vigor no Brasil, respectivamente por meio dos Decretos n. 592 de 1992, n. 678 de 1992 e n. 40 de 1991⁶².

Diversos diplomas normativos, de natureza civil e penal, estão em vigor no Brasil e têm como objetivo regular o exercício da liberdade individual, bem como promover sua proteção e de outros bens jurídicos relacionados, como a vida, a integridade física e moral e a propriedade contra intervenções ilegítimas, podendo ser mencionados os Códigos Civil (Lei n. 10.406 de 2002) e Penal (Decreto-Lei n. 2.848 de 1940), as respectivas legislações extravagantes, as leis processuais, as leis que regulam o exercício da Administração Pública, entre outras.

⁶¹ Ibidem, p. 209.

⁶² Antes de 1988, podem ser destacados os seguintes atos internacionais relacionados a direitos civis: a Convenção sobre a Escravatura de 1926 (Decreto n. 66 de 1965), a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à mulher de 1948 (Decreto n. 31.643 de 1952), Convenção para a Prevenção do Crime de Genocídio de 1948 (Decreto n. 30.822 de 1952), as Convenções para a melhoria da sorte dos feridos, relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra e relativa à proteção dos civis em tempos de guerra (Decreto n. 42.121 de 1957), a Convenção relativa à escravatura de 1953 e sobre a abolição da escravatura, tráfico de escravos e práticas análogas (Decreto n. 58563), a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1966 (Decreto n. 65.810 de 1969). Entre os atos realizados após 1988, e que estão em vigor no Brasil, menciona-se: o Protocolo à convenção americana sobre direitos humanos relativo à abolição da pena de morte de 1990 (Decreto n. 2.754 de 1998), a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher de 1994 (Decreto n. 1.973 de 1996) e o Protocolo facultativo à Convenção contra a tortura de 2002 (Decreto n. 6.085 de 2007).

1.2 A liberdade dos antigos: os direitos políticos

A garantia de direitos civis pelo Estado é fundamental para que haja democracia. A idéia de um indivíduo livre, sujeito de vontade racional, capaz de elaborar juízos que se prestam para orientação de suas condutas, inclusive aquelas de natureza política, levou Bovero⁶³ a identificar tal situação como o “princípio da democracia”. O indivíduo opera como o ponto de partida fundamental para a democracia.

Examinando a relação dos direitos civis e políticos com o ideal da liberdade, Constant⁶⁴ identifica uma diferença de concepção da liberdade pelos gregos, os “antigos”, e pelos pensadores iluministas, os “modernos”. Constant denomina os direitos civis como a “liberdade dos modernos” e os direitos políticos como a “liberdade dos antigos”, pois na Modernidade os indivíduos buscam a independência em sua vida privada, sendo a soberania do Estado limitada por essa esfera de liberdade. Para os gregos, a liberdade consistia em exercer de modo coletivo e direto a soberania: deliberavam em praça pública sobre guerra e paz; concluíam com os estrangeiros tratados de aliança; votavam as leis ou pronunciavam julgamentos.

Embora aponte as diferenças entre as concepções, Constant⁶⁵ exorta acerca de seu caráter complementar. Para ele, a ênfase excessiva em uma ou outra liberdade gera perigos. Em relação à liberdade antiga, o risco está em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupam com os direitos e garantias individuais. De seu turno, o perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, os indivíduos renunciam facilmente ao direito de participar do poder político.

⁶³ Bovero, *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*, 2002, p. 28.

⁶⁴ Constant, *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, 1985, p. 10, 11.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 23.

Por certo, o afastamento da vida política não significa apenas a abdicação do exercício dos direitos políticos. Se, de um lado, os direitos civis são fundamentais para o exercício dos direitos políticos, de outro, o exercício destes é essencial para a manutenção e ampliação daqueles, de modo que os direitos civis e os direitos políticos estão em estreita e evidente relação de complementaridade.

A respeito do avanço dos direitos políticos na Modernidade, destaca-se que sua ocorrência se deu especialmente a partir do desejo de retornar aos ideais da cidadania grega, à sua visão de liberdade (sem prejuízo da liberdade moderna). Especialmente a fase de transição da Idade Média para a Modernidade, conhecida como Renascença (séculos XIV a XVII), caracterizou-se pelo questionamento da tradição medieval, colocando-a em oposição aos sistemas filosóficos gregos, os quais procurou resgatar.

The new birth of the purely theoretical spirit is the true meaning of the scientific “renaissance”, and in this consists also its kinship of spirit with Greek thought, which was of decisive importance for its development⁶⁶.

O Renascimento pode ser dividido em dois períodos: o humanístico e o da ciência natural. A fronteira entre os dois períodos encontra-se possivelmente no século XVI. O primeiro período dedicou-se a suplantar a tradição medieval pelo pensamento grego genuíno, sendo que o segundo foi marcado pelo desenvolvimento gradativo das ciências naturais. Pode-se dizer que a ciência natural moderna é a filha do humanismo⁶⁷. Quanto ao

⁶⁶ “O novo nascimento do espírito puramente teórico é o verdadeiro significado da ‘renascença’ científica, e é nisto que consiste também a sua *familiaridade de espírito com o pensamento grego*, que foi de importância crucial para seu desenvolvimento” (WINDELBAND, 1950, p. 350, tradução nossa).

⁶⁷ Windelband, *A History of philosophy: with especial reference to the formation and development of its problems and conceptions*, 1950, p. 351.

último período, destacam-se Kepler, Galileu e Newton como cientistas naturais e Bacon, Descartes e Hobbes, como expoentes filosóficos.

Se o Renascimento marcou o período de transição para os Tempos Modernos, no estágio seguinte, denominado Iluminismo (século XVIII a meados do século XIX), suas bases já estavam postas. Por certo, a filosofia grega exercia grande influência na busca pelo conhecimento, sendo que, assim como no Renascimento, os pensadores iluministas buscavam uma “visão secular de vida”⁶⁸.

Todavia, até então, a ênfase investigativa era de caráter predominantemente metafísico, em especial no que se refere ao primeiro período do Renascimento. O Iluminismo rompeu com essa tendência especulativa, dedicando-se com maior afinco às questões da vida humana⁶⁹.

O início da filosofia iluminista remonta à Inglaterra, com Locke, Berkeley e Hume, mas estendeu-se também à França, com Pierre Bayle, Voltaire, Rousseau e Montesquieu, e depois à Alemanha, com Leibniz, Christian Wolff, Christian Thomasius e Kant. Este desempenhou importante papel, pois a partir de seu pensamento desenvolveu-se o Idealismo Alemão, representado pelo próprio Kant, por Fichte, Schelling, Schleiermacher e Hegel⁷⁰.

Quanto à influência grega na visão política iluminista, considera-se como principal expoente o sistema filosófico aristotélico. Foi Aristóteles quem melhor fundamentou os direitos políticos, como advindos do status de cidadão. Para o filósofo, o ser humano é por natureza um “animal político” – *zoón politikón*. No homem, é inata a tendência de viver em sociedade com os próprios semelhantes, e desse modo, a vida social uma necessidade natural. Esse agrupamento natural reclama, todavia, por organização. É preciso haver governo; decisões são necessárias.

⁶⁸ Ibidem, p. 438.

⁶⁹ Ibidem, p. 438.

⁷⁰ Ibidem, p. 438.

Ao se indagar sobre quem deve participar do governo, surge a figura do cidadão. Cidadão é aquele dotado da “virtude cívica”, a capacidade e a oportunidade de participar do governo, isto é, nos cargos públicos e na administração política e legal. Nesse sentido, tão logo um homem se torne capacitado para participar da autoridade, deliberativa ou judicial, deve ser considerado cidadão do Estado⁷¹.

Observa-se, contudo, que em função da limitada concepção antropológica dos gregos, e não tanto de suas concepções políticas⁷², excluía do *status* de cidadão as mulheres, os escravos e os estrangeiros, ainda que habitantes da *pólis*. Estes tinham garantidos uns poucos direitos civis, mas nenhum direito político.

O desenvolvimento do pensamento político no Iluminismo, fundamentalmente a partir das fontes gregas, possibilitou o avanço dos direitos políticos nos séculos XVIII, XIX e XX, em particular na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

Na Inglaterra⁷³, o desenvolvimento dos direitos políticos foi possibilitado pelas revoluções do século XVII, que resultaram na limitação do poder monárquico e na instauração do regime parlamentarista, que perdura até os dias de hoje. Essa transição foi iniciada na década de 1640 com a Revolução Puritana, culminando com a Revolução Gloriosa em 1688.

Nesse período, destaca-se a proposta de uma Constituição escrita pelos *Levellers* (“niveladores”). Em 1647, esse movimento publica o *Agreement of the People*, que consistiu de uma proposta que reivindicava, além de outros direitos, o voto universal masculino. A proposta não foi

⁷¹ Aristóteles, *Política*, 1999, p. 212-219.

⁷² Bovero, *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*, 2002, p. 30.

⁷³ Informações sobre as revoluções e a reforma política da Inglaterra disponíveis em www.parliament.uk e www.nationalarchives.gov.uk, acesso em 23 de novembro de 2010.

aceita e o movimento foi reprimido durante o governo de Oliver Cromwell em 1653.

Até o início do século XIX, poucos ingleses tinham direito ao voto. Em uma pesquisa realizada em 1780, foi revelado que menos de 3% da população da Inglaterra, Gales e Escócia faziam parte do eleitorado. Após a Revolução Francesa e sob a influência das idéias de Thomas Paine na obra “*Rights of Man*”, surgiram movimentos de reivindicação do direito de voto para todos os homens.

Em 1832, o primeiro *Reform Act* conferiu o direito de voto nas cidades a todos os homens que ocupassem uma propriedade com valor anual de dez libras, o que excluía seis em cada sete homens do processo eleitoral. Houve ampliação da cidadania com novo ato em 1867, quando dois em cada cinco ingleses passaram a votar. O terceiro ato de reforma ocorreu em 1884, por meio do qual todos os homens que possuíam casa, na zona urbana ou rural, poderiam votar.

É digno de nota o fato que, durante a votação do ato de 1867, um dos membros do Parlamento, John Stuart Mill, encaminhou proposta de emenda para conferir às mulheres o direito de voto. Mas, seu projeto não foi aprovado⁷⁴. Dois anos depois, Mill publica um eloqüente ensaio, “*The subjection of women*”, onde apresenta diversos argumentos a favor da igualdade dos sexos, incluindo direitos políticos e à educação. Em suas palavras:

To have a voice in choosing those by whom one is to be governed, is a means of self-protection due to everyone, though he were to remain forever excluded from the function of governing; and that women are considered fit to have such a choice, may be presumed from the fact, that the law already gives it to women in the most important of all cases to themselves: for the choice of the man who is to govern a woman to the end of life, is always supposed to be voluntarily made by

⁷⁴ Wilson, *John Stuart Mill*, 2009.

herself. In the case of election to public trusts, it is the business of constitutional law to surround the right of suffrage with all needful securities and limitations; but whatever securities are sufficient in the case of the male sex, no others need be required in the case of women. Under whatever conditions, and within whatever limits, men are admitted to the suffrage, there is not a shadow of justification for not admitting women under the same⁷⁵.

Apesar do avanço trazido pelas reformas, na época do *Reform Act* de 1884, a Inglaterra era considerada um dos países menos democráticos da Europa. Foi somente no século XX, a partir das manifestações organizadas pela *Women's Social and Political Union*⁷⁶ desde 1903, que a Grã-Bretanha experimentou o sufrágio universal em 1918, ainda com restrição etária diferenciada para mulheres (homens a partir de 21 anos e mulheres somente com idade superior a 30 anos).

Nos Estados Unidos, apesar de originalmente a Constituição não restringir os direitos políticos aos homens brancos, o direito de voto somente foi assegurado aos negros a partir da 15ª Emenda, de 1870, e às mulheres com a 19ª Emenda, de 1920. Com a 26ª Emenda, de 1971, o direito de voto foi assegurado a todos os maiores de 18 anos.

No primeiro caso, a 15ª Emenda representou um avanço no âmbito legal ao prever que “o direito ao voto dos cidadãos dos Estados Unidos não

⁷⁵ “A possibilidade de alguém decidir por quem será governado é um meio de auto-proteção devido a todos, ainda que essa escolha seja feita por alguém permanentemente excluído da função de governo: e que as mulheres devem ser consideradas aptas para essa escolha pode ser presumido pelo fato de que a lei já confere às mulheres o direito sobre a mais importante escolha: decidir qual homem irá governar sua vida até o fim, decisão que deve ser tomada apenas por ela e de modo voluntário. No caso da eleição para cargos públicos, é papel do direito constitucional proteger o direito de sufrágio com todas as limitações e ressalvas necessárias; mas quaisquer ressalvas consideradas suficientes para o caso do sexo masculino, são também para as mulheres, sem adições. Sob quaisquer condições e dentro de quaisquer limites nos quais os homens são admitidos ao sufrágio, não existe qualquer sombra de justificativa para não admitir as mulheres sob as mesmas condições e os mesmos limites” (MILL, 2006, p. 59, *tradução nossa*).

⁷⁶ *Women's Social and Political Union*, In: *Encyclopædia Britannica* – online, disponível em www.britannica.com. Acesso em 07 de dezembro de 2010.

deve ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer outro Estado por motivo de raça, cor, ou condição prévia de servidão”⁷⁷. No entanto, tal medida restou inefetiva em muitos Estados, pois era cobrada uma taxa como pré-condição de voto (*poll tax*), limitando o exercício do direito pelos mais pobres, entre os quais estava a maioria dos negros⁷⁸. Foi somente na década de 1960, com o *Civil Rights Act* de 1964, a 24ª Emenda de 1964 e com o *Voting Rights Act* de 1965, que tal restrição foi definitivamente vedada⁷⁹. A 24ª Emenda previu que:

The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax⁸⁰.

Em relação à igualdade de sexos, o século XIX presenciou o surgimento de diversos movimentos reivindicatórios dos direitos políticos das mulheres⁸¹. Fundada nessa época, em 1869, a *National Woman Suffrage Association*⁸² defendia a reforma política para incluir as mulheres na cidadania, por meio da organização de debates públicos. Esses direitos, no entanto, foram proclamados inicialmente na *Seneca Falls Declaration of*

⁷⁷ Tradução nossa. Texto original: “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.”.

⁷⁸ *Poll Tax*, In: *Encyclopædia Britannica – online*, disponível em www.britannica.com, acesso em 05 de dezembro de 2010.

⁷⁹ Os documentos estão disponíveis em www.law.cornell.edu, acesso em 05 de dezembro de 2010.

⁸⁰ “O direito dos cidadãos dos Estados Unidos de votar em qualquer eleição primária ou outras eleições para Presidente ou Vice-Presidente, ou para Senadores ou Representantes no Congresso, não deve ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer outro Estado por motivo de falha no pagamento de qualquer taxa eleitoral ou outra taxa” (*tradução nossa*).

⁸¹ Mill, *The Subjection of Women* [1869], p. 16.

⁸² *National Woman Suffrage Association*, In: *Encyclopædia Britannica – online*, disponível em www.britannica.com, acesso em 25 de junho de 2010.

*Sentiments*⁸³ de 1848, que os reivindicava com fundamento no direito inato e inalienável à igualdade. Nesse sentido, a 19ª Emenda, ao determinar que “o direito ao voto dos cidadãos dos Estados Unidos não deve ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos ou por qualquer outro Estado por motivo de sexo”⁸⁴, foi o resultado da luta pela igualdade e constitui o marco da extensão dos direitos políticos às mulheres.

Na França, a queda do Antigo Regime marca o início de suas mais importantes reformas políticas. Nesse contexto, as propostas de Emmanuel Sieyès, Jean-Jacques Rousseau e Nicolas de Condorcet, ainda que utilizando diferentes abordagens, representam o espírito revolucionário e ressaltam a necessidade de participação dos indivíduos na gestão da vida pública.

Sieyès, antes do início da Revolução Francesa, apresentou uma importante teoria em defesa da cidadania⁸⁵. No Antigo Regime, o reino era representado diante do rei por meio dos Estados Gerais, que eram compostos pela Nobreza, pelo Clero e pelo Terceiro Estado. Embora este fosse composto pela maioria dos cidadãos, os quais eram pertencentes à ordem comum, o monopólio político era detido pela Nobreza e pelo Clero, uma vez que as decisões tomadas pelos Estados Gerais eram por Estado, e não por cabeça. Desse modo, até aquele momento, o Terceiro Estado, apesar de ser composto pela maioria dos cidadãos, não efetiva participação política, pois os direitos políticos de seus membros eram nulos.

Diante dessa situação, são propostos três pedidos pelo abade: primeiro, que a escolha dos representantes do Terceiro Estado seja realizada apenas entre os cidadãos que dele sejam parte realmente,

⁸³ *Declaration of Sentiments*, disponível em www.fordham.edu, acesso em 25 de junho de 2010.

⁸⁴ Tradução nossa. Texto original: “The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex”.

⁸⁵ Sieyès, *A Constituinte burguesa*, 1997, p. 56-75.

excluindo-se todos os que tenham quaisquer privilégios; segundo, que o número de deputados do Terceiro Estado seja o mesmo que o do Clero e da Nobreza; terceiro, que o voto nos Estados Gerais seja por cabeça, e não por ordens.

Todavia, apesar de fazer apologias ao Terceiro Estado, em detrimento da nobreza e do clero, adotou uma postura exclusivista quanto àqueles que receberiam a qualidade de cidadãos. Para Sieyés, cidadãos eram aqueles que possuíam a “virtude cívica”. Estes seriam os cidadãos ativos, dotados de igualdade interna entre si, ao passo que os demais, como as mulheres, os servos, os pobres e os mendigos, seriam os cidadãos passivos, com direito à proteção da própria pessoa, da propriedade e da liberdade. Esta massa excluída era considerada ignorante e sem vontade própria, cabendo aos cidadãos ativos o poder de governo. Embora tenha contribuído para a eliminação de privilégios, Sieyés manteve a marginalização política daqueles indivíduos⁸⁶.

De modo contrário, Rousseau afirmava a igualdade ampla entre os aderentes do pacto social. Este, cujo objetivo seria formar uma associação que “defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”⁸⁷, possibilita que seja para todos estabelecida a igualdade (pois todos igualmente alienam sem reservas seus direitos naturais à comunidade toda) e a proteção da liberdade (isto é, liberdade convencional) por meio da força comunitária.

⁸⁶ Canotilho (1993, p. 518-519) aponta que Sieyés utiliza a distinção entre direitos civis e políticos para afastar a possibilidade de sufrágio universal. Comenta que o autor “formula esta distinção da seguinte maneira: os direitos civis ‘devem beneficiar todos os indivíduos’; pelo contrário, nem todos têm o direito a tomar parte activa na formação dos poderes públicos, beneficiando de direitos políticos. Tal como já sucedia com a dicotomia entre direitos do homem e do cidadão o artifício da distinção permitirá proclamar o princípio da igualdade, mas, ao mesmo tempo, evitar o sufrágio universal”.

⁸⁷ Rousseau, *Do contrato social*, 1999, p. 69-70.

Sobre a associação, segundo Rousseau, havido o pacto social, por meio do qual cada um põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, em lugar da pessoa do particular de cada contratante, surge um corpo moral e coletivo, que se compõe de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que desse mesmo ato recebe sua unidade. A esse respeito assevera:

Essa pessoa pública que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quanto passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de *povo* e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e *súditos* enquanto submetidos às leis do Estado⁸⁸.

Esse corpo moral, designado corpo político ou soberano, não é conduzido senão pela vontade geral. Para Rousseau⁸⁹, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum”. O fundamento desse princípio está no fato de que foram os interesses particulares em oposição que tornaram necessário o estabelecimento das sociedades, de modo que o Estado não pode ser dirigido por interesses particulares dos indivíduos, mas somente pelo que de comum neles há, isto é, a sociedade deve ser governada pelo interesse comum.

Nesse sentido, Rousseau é defensor dos direitos dos indivíduos a participarem ativamente na vida política, pois são eles quem compõem o corpo moral e coletivo. Afirma que a soberania popular não pode ser representada ou alienada, devendo os deputados do povo ser seus comissários (mas não representantes), e por tal razão toda lei não ratificada

⁸⁸ Ibidem, p. 71.

⁸⁹ Ibidem, p. 85.

diretamente pelo povo é nula. O poder legislativo, portanto, seria exercido diretamente pelo povo, como ocorria entre os gregos (o povo fazia tudo o que precisava por si mesmo, reunindo-se freqüentemente na praça). Diante disso, não bastaria para a caracterização de um povo como livre as eleições de membros do parlamento, crítica que dirige aos ingleses. O mesmo, contudo, não se aplica ao poder executivo, que não passa de aplicador da lei⁹⁰.

Fundamental também para o desenvolvimento conceitual da cidadania foi Nicolas de Condorcet. Divergindo de Rousseau, Condorcet, em seu Projeto de Constituição, admite a conciliação entre a representação e a participação ativa dos cidadãos na vida pública, por meio da deliberação democrática realizada em observância a normas e procedimentos. Para ele, o debate popular constituiria a base do sistema político francês, o qual deveria acontecer nas Assembléias Primárias, nas quais todos os membros que comporiam as demais instituições da República (v.g.: Corpo Legislativo, Conselho Executivo da República, Corpos Administrativos das Comunas) seriam eleitos e teriam suas atividades fiscalizadas, as atividades da Assembléia Nacional seriam consultadas e discutidas, poderiam ser votadas propostas de outras Assembléias Primárias bem como apresentados projetos de emenda a leis e à própria Constituição. Certamente, o instituto da deliberação democrática se tornou importante herança para o constitucionalismo e a democracia moderna⁹¹.

Não bastasse, foi o Marquês de Condorcet quem apresentou o primeiro ensaio em defesa dos direitos políticos das mulheres, em 1790. Já nas primeiras linhas, o autor aponta como violação dos direitos naturais, em especial a igualdade, a exclusão das mulheres das decisões políticas.

⁹⁰ Ibidem, p. 186-188.

⁹¹ Consani, *O papel da deliberação democrática no plano constitucional de Condorcet*, 2010, p. 64-71.

Custom may familiarise mankind with the extent, that even among those who have violation of their natural rights to such an lost or been deprived of these rights, no one thinks of reclaiming them, or is even conscious that they have suffered any injustice. Certain of these violations (of natural right) have escaped the notice of philosophers and legislators, even while concerning themselves zealously to establish the common rights of individuals of the human race, and in this way to lay the foundation of political institutions. For example, have they not all violated the principle of the equality of rights in tranquilly depriving one-half of the human race of the right of taking part in the formation of laws by the exclusion of women from the rights of citizenship? Could there be a stronger proof of the power of habit, even among enlightened men, than to hear invoked the principle of equal rights in favour of perhaps some 300 or 400 men, who had been deprived of it by an absurd prejudice, and forget it when it concerns some 12,000,000 women?⁹².

Ao longo do ensaio, Condorcet aponta diferentes argumentos em defesa de sua tese, mencionando inclusive o fato de que em um não pequeno número de países, mesmo não tendo sido concedidos direitos políticos às mulheres, foram estas consideradas dignas de ocupar posições na realeza⁹³.

Apesar de tão eloqüente argumentação, a França não viu os direitos políticos estendidos às mulheres nesse período; o conceito de cidadão não

⁹² “O costume pode familiarizar a humanidade com o fato de que, mesmo aqueles que tiveram seus direitos naturais violados a ponto de perdê-los ou serem impedidos de seu gozo, não se pensa em reclamá-los ou não estão conscientes de terem sofrido tamanha injustiça. Certamente, essas violações (aos direitos naturais) não têm sido percebidas pelos filósofos e legisladores, até mesmo por aqueles que se vêem como zelosos dos direitos individuais comuns à raça humana, os quais lançam a fundação das instituições políticas com essa perspectiva. Por exemplo, não violaram todos eles o princípio da igualdade de direitos ao tranquilamente impedirem a metade da raça humana de exercerem o direito de participar da formação das leis, isto é, ao excluírem as mulheres dos direitos de cidadania? Poderia haver prova mais contundente da força do hábito, até mesmo entre homens esclarecidos, que ouvir o princípio da igualdade ser invocado em favor de talvez 300 ou 400 homens, os quais foram impedidos de seu gozo por um preconceito absurdo, e esquecer desse princípio quando relacionado a 12.000.000 de mulheres?” (CONDORCET, 1912, p. 5, *tradução nossa*).

⁹³ Condorcet, *The First Essay on the Political Rights of Women: A Translation of Condorcet's Essay "Sur l'admission des femmes aux droits de Cité", 1790 (On the Admission of Women to the Rights of Citizenship)*, 1912, p. 11.

as abarcava. Interessante destacar que diante da exclusão feminina foi proposta a “Declaração dos direitos da mulher e da cidadã” por Olympe de Gouges, em 1791. Em seu artigo 3º, defendia que a soberania residia essencialmente na nação, entendida como a reunião de mulheres e homens, da qual emanava toda autoridade. Em 1793, a autora foi guilhotinada em Paris por ter se oposto aos revolucionários Robespierre e Marat⁹⁴.

Em 1804, o Código Civil Napoleônico consagrou a igualdade perante a lei e a proteção da propriedade, no entanto, foram negados muitos direitos individuais. A liberdade de expressão foi limitada, a crítica ao governo era vista como subversiva e às mulheres foram negados os direitos políticos básicos⁹⁵.

Nas décadas seguintes à Revolução, a França passou por instabilidades econômicas e políticas. Em 1848 (ano de fundação da Segunda República e o ano das revoluções na Europa), o tema foi revisitado, mas sem sucesso. De acordo com Moon⁹⁶, apesar das reivindicações desde a década de 1830, por ativistas como Eugénie Niboyet, Jeanne Deroin, Suzanne Voilquin, Desirée Gay e Pauline Roland, dos argumentos de que a República iria entrar em colapso sem a participação moralizante da mulher na vida pública e sem suas habilidades organizacionais, e das petições pelo direito de eleger representantes para a convenção constitucional, as mulheres não conseguiram ver a pretensão atendida. Tiveram o voto nacional negado, foram proibidas de formar clubes políticos, impedidas de se candidatarem, presas por atividade política, entre outros.

Entre março e maio de 1871, na Comuna de Paris, movimentos de militância política feminista promoveram a realização de reuniões para

⁹⁴ Assmann, *Declaração dos direitos da mulher e da cidadã*, de Olympe de Gouges: Apresentação e tradução, 2007, p. 1.

⁹⁵ Bulliet, *The Earth and Its Peoples: A Global History: Since 1500*, 2009, p. 535.

⁹⁶ Moon, *Woman's rights in France*, 2004.

discussão de temas e desenvolvimento de estratégias relacionadas à igualdade. Embora a ênfase fosse direcionada à igualdade de direitos econômicos e sociais, os movimentos visavam reformas políticas que beneficiassem as mulheres⁹⁷.

Nos anos seguintes, foram organizados congressos, fundadas associações, realizados movimentos reivindicatórios de direitos, até que, em 1944, por meio de um decreto especial do General Charles de Gaulle, os direitos políticos foram estendidos às mulheres. A primeira participação das cidadãs em eleições municipais e nacional ocorreu em 1945. O reconhecimento da igualdade de direitos políticos em sede constitucional deu-se apenas com a Constituição Francesa de 1946, no parágrafo terceiro de seu preâmbulo⁹⁸.

No Brasil, a regulamentação constitucional da cidadania deu-se desde a Constituição de 1824. Nessa época, a maioria da população era excluída do sistema político, uma vez que não tinham direito de voto os pobres, as mulheres e os escravos⁹⁹. De acordo com seu artigo 6º, considerava-se cidadãos brasileiros os homens livres, nascidos no Brasil, os estrangeiros desde que filhos de brasileiros, aqueles com residência ou domicílio no país, assim como os naturalizados na forma da lei, os quais tinham direitos de votar e ser votado, de participar das eleições primárias. No entanto, estavam excluídos do rol de eleitores os clérigos de ordens sacras e os menores de 25 anos que não fossem casados ou oficiais militares, maiores de 21 anos, ou que não fossem bacharéis formados, bem como os que não tivessem renda mínima anual de 100 mil-réis.

⁹⁷ Eichner, *Surmounting the barricades: women in the Paris Commune*, 2004, p. 9-10.

⁹⁸ *La Citoyenneté politique des femmes: chronologie Du droit de vote et d'éligibilité des femmes*, In: *Assemblée Nationale Site*, disponível em www.assemblee-nationale.fr, acesso em 30 de junho de 2010, e *Preamble to the Constitution of 27 October 1946*, In: *Conseil Constitutionnel Site*, disponível em www.conseil-constitutionnel.fr, acesso em 30 de junho de 2010, tradução nossa.

⁹⁹ Lopez; Mota, *História do Brasil: uma interpretação*, 2008, p. 492.

A respeito dessa última limitação era de pouca importância. A maioria da população trabalhadora ganhava mais de 100 mil-réis por ano. Em 1876, o menor salário do serviço público era 600 mil réis, de modo que o critério da renda não excluía a população pobre do direito de voto. As exigências de renda na Inglaterra, na época, eram muito mais altas, mesmo depois da reforma de 1832. Ademais, os analfabetos não eram excluídos do exercício do direito de voto. Possivelmente, nenhum país europeu tinha à época legislação tão liberal¹⁰⁰.

Em 1881, a Câmara dos Deputados aprovou lei que introduzia o voto direto, eliminando o primeiro turno das eleições. Essa lei aumentou para 200 mil-réis a exigência de renda, tornou mais rígido o procedimento para sua comprovação, proibia o voto dos analfabetos e tornava o voto facultativo. Como consequência, de 1 milhão de votantes em 1872, correspondente a 13% da população livre, desceu para 100 mil eleitores, 0,8% da população total, em 1886, um corte de aproximadamente 90% do eleitorado. Se na década de setenta a participação política no Brasil era relativamente superior à maioria dos países europeus, a tendência brasileira na década de 1880 não foi de ampliação, mas de restrição dos direitos políticos¹⁰¹.

A Constituição de 1891 avançou no sentido de reduzir a idade mínima para votar de 25 para 21 anos. Embora promulgada após a abolição da escravidão, não beneficiou a esmagadora maioria da população negra, tendo em vista que excluía do alistamento eleitoral os mendigos e os analfabetos, além de militares (praças) e religiosos. No tocante às mulheres, durante os trabalhos de elaboração da Constituição Republicana, houve quem defendesse o sufrágio universal, para incluir as mulheres na vida

¹⁰⁰ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 30.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 38-39.

política do país. 31 constituintes subscreveram uma emenda ao projeto de constituição, mas não foi aprovada¹⁰².

Sem dúvida, houve grande avanço em comparação com o período colonial. No período de 1822 a 1930, que abrange as duas constituições já mencionadas, houve eleições ininterruptas no Brasil. Houve alguns casos de suspensão, mas apenas em situações específicas, como na província do Rio Grande do Sul durante a guerra contra o Paraguai entre 1865 e 1870, e por pouco tempo na época da proclamação da República em 1889. Havia grande frequência nas eleições, pois os mandatos de vereadores e juizes de paz eram de dois anos, havia eleições de senadores sempre que um deles morria, e a Câmara dos Deputados era dissolvida com frequência. No entanto, além da exclusão formal de setores da população, em termos de efetividade, havia muito a ser desenvolvido ainda. Nas cidades, muitos votantes eram funcionários públicos do governo. Nas áreas rurais, onde estava 90% da população, havia o controle ou a influência dos grandes proprietários. Apesar de muitos votarem, a experiência do governo representativo era relativamente nova, sendo que estava em jogo não o exercício de um direito do cidadão, mas o domínio político local. As eleições eram tumultuadas e violentas, vencidas muitas vezes “no grito”¹⁰³.

Entre 1930 e 1937, o Brasil experimentou uma fase de grande agitação política. Houve mobilização de pessoas em vários Estados da Federação, incluindo diferentes grupos sociais, como operários, militares e industriais. Multiplicaram-se os sindicatos, outras organizações de classe e partidos. Entre os movimentos políticos, houve a criação do Clube 3 de Outubro em 1931 e a Revolta Constitucionalista em 1932 (a Revolta Paulista), cuja reivindicação incluía a convocação de eleições para escolher uma assembléia constituinte. Foi nesse período também que se deu a

¹⁰² Pereira; Daniel, *O voto feminino no Brasil*, 2009.

¹⁰³ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 31-38.

criação do Código Eleitoral Provisório em 1932, introduzindo o voto secreto, instituindo os deputados classistas (escolhidos não pelos eleitores em geral, mas pelos sindicatos) e criando uma Justiça Eleitoral (com o Tribunal Superior Eleitoral). Ampliou-se também a cidadania, incluindo as mulheres no direito ao voto, apesar de se restringir a mulheres casadas com autorização do marido, viúvas e solteiras com renda. Estas restrições foram posteriormente eliminadas, com a edição Código Eleitoral em 1934. Como consequência das manifestações políticas do período, especialmente da Revolta Constitucionalista, ocorreram as eleições para a Assembléia Constituinte em 1933, que confirmou Getúlio Vargas na presidência e elaborou a segunda Constituição republicana do Brasil, inspirada na Constituição de Weimar¹⁰⁴.

Em relação aos direitos políticos, a Constituição Brasileira de 1934 instituiu a idade de 18 anos como a idade mínima para votar e assegurou às mulheres em seu texto o direito de voto. Manteve, entretanto, a mesma restrição política aos mendigos e analfabetos (artigo 108). Em 1937, apesar do golpe e do estabelecimento do Estado Novo, a Constituição outorgada por Getúlio Vargas não alterou o quadro dos direitos políticos da Constituição de 1934, como se verifica pelo seu artigo 117. A Constituição, todavia, não vigorou (com exceção das Disposições Transitórias e Finais), por não ter sido convocado o Plebiscito por ela requerido (artigo 187). Vargas governou através dos decretos-leis, conforme era autorizado pelo artigo 180. Durante o regime autoritário, foi determinado o fechamento do Congresso Nacional (artigo 178 da Constituição) e a extinção dos partidos políticos (Decreto-Lei n. 37, de 02 de dezembro de 1937), claro retrocesso em relação àquilo que havia sido realizado nos anos anteriores.

Com o fim da Era Vargas em 1945, foram convocadas eleições presidenciais e legislativas. Em 1946, foi promulgada em Assembléia

¹⁰⁴ Ibidem, p. 97-103.

Constituinte a Constituição de 1946, marcando o início da redemocratização. Em relação aos direitos políticos, a Constituição manteve as conquistas do período anterior, garantindo direitos políticos, ampliando-os para possibilitar o alistamento eleitoral de mendigos, mas não de analfabetos (artigo 132)¹⁰⁵. Segundo Carvalho¹⁰⁶, a permanência dessa restrição não é sem importância, uma vez que, em 1950, 57% da população ainda era analfabeta. Como o analfabetismo se concentrava na zona rural, os maiores prejudicados eram os trabalhadores rurais. Contudo, apesar das restrições, a partir de 1945 a participação do povo na política cresceu significativamente, tanto em relação às eleições quanto à ação política organizada dos partidos, sindicatos, ligas camponesas e outras associações. Se em 1930 os votantes não passavam de 5,6% da população, em 1960 eram 18%.

O avanço perdurou até 1964, quando mais um regime ditatorial foi instituído. Os direitos políticos foram restringidos, apesar da manutenção do Congresso e da realização de eleições. Os períodos de maior repressão política ocorreram entre 1964 e 1965, com Castelo Branco, e entre 1968 e 1974, especialmente sob o governo de Garrastazu Médici. Os instrumentos legais foram os atos institucionais editados pelos presidentes militares¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Em 1950, com o Decreto n. 28.011, passa a vigorar a Convenção interamericana sobre a concessão dos direitos políticos à mulher, de 1948. Por meio do Decreto n. 52.476 de 1963, vigora a Convenção sobre os direitos políticos da mulher de 1953. Ambos os documentos reconhecem a igualdade de direitos políticos entre mulheres e homens.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 145-146.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 157-161. Carvalho (2007, p. 164) menciona levantamento feito por Marcos Figueiredo, segundo o qual, entre 1964 e 1973 foram punidas, com perda de direitos políticos, cassação de mandato, aposentadoria e demissão, 4.841 pessoas, sendo maior a concentração dos punidos em 1964, 1969 e 1970. Só o AI-1 atingiu 2.990 pessoas. Foram cassados os mandatos de 513 senadores, deputados e vereadores. 35 dirigentes sindicais perderam os direitos políticos, 3.783 funcionários públicos foram demitidos, entre os quais se incluíam 72 professores universitários e 61 pesquisadores. Foram expulsos 1.313 militares. Nas polícias militar e civil, foram 206 os punidos. Entre 1964 e 1970 ocorreram 483 intervenções em sindicatos, 49 em federações e quatro em confederações.

O primeiro foi introduzido em 1964, pelo qual foram cassados os direitos políticos pelo período de dez anos de um grande número de líderes políticos, sindicais, intelectuais e militares. Ocorreram ainda intervenções e fechamentos de sindicatos, órgãos do movimento operário, e outras entidades associativas¹⁰⁸. O segundo ato institucional, em 1965, aboliu a eleição direta para Presidente da República, dissolveu os partidos políticos criados a partir de 1945, estabeleceu um sistema de dois partidos, ampliou o poder do Presidente, inclusive dando a ele autoridade para dissolver o Parlamento. O terceiro ato determinava a eleição de governadores e vice-governadores de Estado por meio de Colégio Eleitoral (eleição indireta) e que os prefeitos de capitais e cidades de segurança nacional seriam indicados e nomeados pelos governadores.

Por meio do quarto ato institucional, o Congresso Nacional foi convocado para votação e promulgação da nova Constituição, em 1967. Em 1968 foi editado o mais radical dos atos institucionais, o AI-5, que determinou o fechamento do Congresso e estabeleceu o governo ditatorial de Costa e Silva. Em 1969, por meio da Emenda Constitucional n. 1, o texto da Constituição de 1967 foi completamente revisado, e que incorporava, aprovava e excluía de apreciação judicial os atos institucionais (artigos 181 e 182). No que diz respeito ao direito de voto, a Constituição de 1967-1969 manteve a restrição aos analfabetos (artigo 142 em 1967 e artigo 147 em 1969).

Após 1974, o Brasil experimentou um processo de liberalização, com a progressiva eliminação das leis repressivas e com a mobilização dos oposicionistas. Em 1978 foi revogado o AI-5, diminuíram as restrições à propaganda eleitoral, foi posto fim à censura prévia e retornaram os primeiros exilados políticos. Em 1979 foi abolido o bipartidarismo forçado,

¹⁰⁸ Foi sob o regime do Ato Institucional n. 1 que o Código Eleitoral Brasileiro (Lei n. 4.737 de 1965) foi promulgado. Alguns de seus dispositivos foram revogados por leis posteriores e outros não recepcionados pela Constituição de 1988.

dando lugar a seis novos partidos. Entre 1978 e 1979, grandes greves aconteceram em diversas partes do país. Foram fortalecidos os sindicatos. Organizações como a igreja Católica, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Brasileira de Imprensa e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência se opuseram ao regime militar, assim como artistas e intelectuais. O auge da mobilização popular foi a campanha pelas eleições diretas, em 1984. Apesar de não ter sido vitoriosa, a campanha não foi inútil. Apesar de realizada em um colégio eleitoral dominado pelo governo, na eleição de janeiro de 1985 venceu o candidato da oposição, Tancredo Neves, que contava com 69% da preferência popular. Terminava, então, o ciclo dos governos militares¹⁰⁹.

Nesse processo de redemocratização, a emenda constitucional nº 25 de 15 de maio de 1985 vem a avançar em termos de direitos políticos, excluindo do rol de quem não poderia se alistar os analfabetos (mantendo apenas os que não poderiam se alistar e os que estivessem privados dos direitos políticos), e incluiu o §4º no artigo 147, determinando que “a Lei disporá sobre a forma pela qual possam os analfabetos alistar-se eleitores e exercer o direito de voto”. Todavia, permaneciam como inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos (artigo 150).

Em 1988, a Assembléia Nacional Constituinte redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática da história brasileira. Desde 1960, houve a primeira eleição direta para presidente em 1989. Os direitos políticos atingiram grande amplitude. A soberania popular é reconhecida no artigo 1º, parágrafo único, os direitos políticos são previstos nos artigos 14 a 16, sendo eliminada a barreira à universalidade do voto: a restrição aos analfabetos, para quem o alistamento eleitoral se torna facultativo. Previu-se a redução da idade de aquisição do direito de voto para 16 anos (voto facultativo até 18 anos). A única vedação foi a do voto aos conscritos,

¹⁰⁹ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 173-190.

enquanto no exercício do serviço militar obrigatório. No artigo 17 é assegurada e regulada a liberdade de associação partidária. Ressalta-se ainda que, após a Constituição de 1988, entra em vigor no Brasil o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966 (Decreto n. 592 de 1992), que prevê em seu artigo 25, alínea b o direito de todo cidadão “de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores”

Embora a experiência democrática não tenha sido sempre salutar (em referência, por exemplo, à eleição e governo de Fernando Collor, marcado por um dos mais ambiciosos esquemas de corrupção) e exista um longo caminho a ser percorrido, certamente houve um avanço sem precedentes. Segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹¹⁰, há no Brasil aproximadamente 135 milhões de eleitores, o que representa aproximadamente 70% da população total, percentual superior a qualquer outro período da história brasileira e comparável aos demais países democráticos modernos. Além disso, a participação feminina é bastante elevada, com as mulheres constituindo a maioria do eleitorado nacional. Em relação à transparência e segurança na votação, as novas tecnologias desenvolvidas, especialmente a urna eletrônica (utilizada desde 1996), vêm fazendo do Brasil um exemplo para outros Estados.

1.3 O avanço dos direitos sociais

Se no constitucionalismo clássico dos séculos XVIII e XIX foi conferido caráter jurídico aos direitos civis e políticos, proclamados por

¹¹⁰ Dados disponíveis em: www.tse.gov.br, agencia.tse.gov.br e www.ibge.gov.br. Acesso em abril de 2011.

filósofos e nas declarações, com avanços até o tempo presente (embora também com retrocessos e persistente o problema da efetividade), no século XX houve a expansão da consagração constitucional¹¹¹ de uma categoria de direitos entendidos como fundamentais para a vida humana em dignidade, os direitos econômicos, sociais e culturais, ou chamados apenas de direitos sociais. Estes direitos representam um significativo marco na história do constitucionalismo.

Bercovici¹¹² comenta que as Constituições elaboradas no período posterior à Primeira Guerra Mundial têm em comum a declaração dos direitos sociais ao lado dos tradicionais direitos civis. Essas novas Constituições consistem na tentativa de estabelecer uma democracia social, envolvente de dispositivos relativos à ordem econômica e social, família, educação e cultura, assim como instituindo a função social da propriedade. Esses dispositivos, inspirados em concepções socializantes e configuradores de princípios constitucionais para a intervenção estatal no

¹¹¹ Expansão, e não surgimento, haja vista que os direitos sociais já haviam sido previstos, por exemplo, na Declaração francesa de 1789 (“XXI - Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar”; “XXII - A instrução é a necessidade de todos. A sociedade deve favorecer tom todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”; e, “XXIII - A garantia social consiste na ação de todos, para garantir a cada um o gozo e a conservação dos seus direitos; esta garantia se baseia sobre a soberania nacional”), na Constituição francesa de 1791 (Título I – Disposições fundamentais garantidas pela Constituição: 3º (...) Será criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teriam achado. Será criada uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita em relação àquelas partes do ensino indispensáveis para todos os homens), na Constituição francesa de 1793 (à semelhança da carta anterior), no Decreto de 25 de fevereiro de 1848 (que impôs ao governo da II República Francesa a garantia de trabalho a todos os cidadãos), e na Constituição brasileira de 1824 (“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros públicos; XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”).

¹¹² Bercovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre o Direito, Estado e Economia na República de Weimar*, 2003, p. 11.

domínio social e econômico, constituem o fundamento do novo “constitucionalismo social” que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.

Movimentos reivindicatórios de direitos sociais têm pelo menos duas fontes de inspiração: o Manifesto Comunista e as doutrinas socialistas, com sua crítica ao capitalismo burguês e ao sentido puramente formal dos direitos do homem; e, a doutrina social da Igreja Católica Romana, a partir do Papa Leão XIII com a Encíclica *Rerum Novarum*¹¹³.

Com uma retórica persuasiva, o Manifesto Comunista de Marx e Engels de 1848 tornou-se um dos textos mais lidos da humanidade, traduzido para diversos idiomas. Foi proposto em um período histórico marcado pelo aumento da miséria nas cidades e da opressão ao trabalhador, e tinha como núcleo de sua doutrina a abolição da propriedade privada.

Segundo Marx e Engels, o primeiro passo nessa revolução comunista, caracterizada pela ruptura radical com as relações tradicionais de propriedade, deveria ser a intervenção despótica do proletariado no direito de propriedade e nas relações burguesas de produção. Isso poderia ser realizado aplicando-se medidas como: expropriação da propriedade fundiária e emprego da renda da terra nas despesas do Estado, imposto fortemente progressivo, abolição do direito de herança, confisco da propriedade de todos os emigrados e rebeldes, centralização do crédito e dos meios de transporte nas mãos do Estado, multiplicação das fábricas nacionais e dos instrumentos de produção, trabalho obrigatório igual para todos, unificação dos serviços agrícola e industrial, educação pública e gratuita para todas as crianças. Essas medidas prestar-se-iam para eliminar as diferenças de classe, sendo que o Estado não mais serviria como gestor dos negócios da burguesia, não havendo mais dominação de classe, pois não haveria diferenciação. Em lugar da antiga sociedade burguesa surgiria

¹¹³ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 179.

uma associação no qual o livre desenvolvimento de cada um seria a condição para o livre desenvolvimento de todos¹¹⁴.

Para os autores, seria necessário romper com a tradição que se desenvolveu a partir da Revolução Francesa. Esta representou a transição de um modelo de propriedade para outro, isto é, aboliu a propriedade feudal em favor da propriedade burguesa. Este modelo é por eles considerado a mais perfeita expressão do modo de produção e apropriação de produtos que se baseia em antagonismos de classes, na exploração de uns por outros. Por isso, deve ser abolida¹¹⁵.

Em 1918, sob inspiração dos ideais socialistas e como produto da Revolução Russa, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Esta consistiu no documento criado pelo III Congresso Pan-Russo dos Sovietes dos Deputados Operários, Soldados e Camponeses, e teve como objetivo assentar “os princípios essenciais da Federação das Repúblicas Soviéticas da Rússia” (Capítulo IV), “visando principalmente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países” (Capítulo II)¹¹⁶.

Aproximadamente 40 anos após a edição do Manifesto, manifesta-se a Igreja Católica Romana sobre a questão operária por meio da edição da Encíclica *Rerum Novarum*, documento que inaugura a Doutrina Social da Igreja. Elaborada no pontificado de Leão XIII em 1891, é considerada a primeira grande intervenção do magistério pontifício sobre problemas originados pela industrialização e evolução das idéias sociais e políticas na

¹¹⁴ Marx; Engels, *Manifesto do Partido Comunista*, 2007, p. 66-67.

¹¹⁵ Ibidem, p. 60.

¹¹⁶ *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, disponível em www.direitoshumanos.usp.br, acesso em 05 de setembro de 2010.

Europa Ocidental. Para essa intervenção terão contribuído decisivamente as pressões dos católicos sociais e a chegada à Itália dos efeitos da industrialização¹¹⁷.

Na Encíclica, o Papa condena a proposta comunista¹¹⁸, considerando-a “sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social”¹¹⁹, e propõe como princípios de uma nova ordem social. Entre os princípios basilares desta, encontra-se: a manutenção da propriedade privada (artigos 3 a 5), a família (artigo 6), a concórdia entre as classes (artigo 9), mútuo respeito entre patrão e empregado, devendo-se respeitar a dignidade humana deste (artigos 10 e 11), entre outros.

A proposta da Doutrina Social da Igreja, portanto, não é de ruptura com o capitalismo, mas de transformação das relações entre empregados e

¹¹⁷ Falcão, art. *Rerum Novarum*, 2010.

¹¹⁸ “3. Os *Socialistas*, para curar este mal, instigam nos pobres o ódio invejoso contra os que possuem, e pretendem que toda a propriedade de bens particulares deve ser suprimida, que os bens dum indivíduo qualquer devem ser comuns a todos, e que a sua administração deve voltar para - os Municípios ou para o Estado. Mediante esta transladação das propriedades e esta igual repartição das riquezas e das comodidades que elas proporcionam entre os cidadãos, lisonjeiam-se de aplicar um remédio eficaz aos males presentes. Mas semelhante teoria, longe de ser capaz de pôr termo ao conflito, prejudicaria o operário se fosse posta em prática. Pelo contrário, é sumamente injusta, por violar os direitos legítimos dos proprietários, viciar as funções do Estado e tender para a subversão completa do edifício social.”; “35. Vede, Veneráveis Irmãos, por quem e por que meios esta questão tão difícil demanda ser tratada e resolvida. Tome cada um a tarefa que lhe pertence; e isto sem demora, para que não suceda que, adiando o remédio, se tome incurável o mal, já de si tão grave. Façam os governantes uso da autoridade protectora das leis e das instituições; lembrem-se os ricos e os patrões dos seus deveres; tratem os operários, cuja sorte está em jogo, dos seus interesses pelas vias legítimas; e, visto que só a religião, como dissemos no princípio, é capaz de arrancar o mal pela raiz, lembrem-se todos de que a primeira coisa a fazer é a restauração dos costumes cristãos, sem os quais os meios mais eficazes sugeridos pela prudência humana serão pouco aptos para produzir salutareos resultados. Quanto à Igreja, a sua acção jamais faltará por qualquer modo, e será tanto mais fecunda, quanto mais livremente se possa desenvolver.” (LEÃO XIII, art. 3 e 35, 1891).

¹¹⁹ Leão XIII, *Carta Encíclica “Rerum Novarum” do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários*, 1891, art. 3.

empregadores, bem como ressalta o papel do Estado, da autoridade pública, na solução dos conflitos sociais e redução das desigualdades (artigo 8).¹²⁰

Os dois documentos, o Manifesto e a Encíclica, evidenciam a preocupação com o grave problema das condições de vida dos trabalhadores no século XIX. No constitucionalismo, o reflexo de tais preocupações deu-se com a incorporação de direitos sociais nos textos das constituições do século XX, tendo como ponto de partida oficial a Constituição alemã de 1919, embora seja de grande importância histórica a Carta mexicana de 1917.

A Constituição mexicana de 1917 é fruto da Revolução mexicana de 1910. Ela reconhece e positiva as reivindicações de seus princípios inspiradores, os quais têm como núcleo a reforma agrária. A Revolução mobilizou milhões de camponeses e índios e se levantava contra a ditadura do Presidente Porfírio Díaz, que perdurou de 1876 a 1911, apoiado pelo exército, pela Igreja Católica Romana, por empresas privadas e pelos grandes proprietários de terras, assim como se ergueu em defesa da

¹²⁰ Outro importante documento da Doutrina Social da Igreja foi elaborado pelo papa João Paulo II, *Redemptor Hominis*. Neste, buscou-se combater o individualismo, substituindo-o pelo princípio da solidariedade. Em seu artigo 16, defendeu “Com efeito, existe já um real e perceptível perigo de que, enquanto progride enormemente o domínio do homem sobre o mundo das coisas, ele perca os fios essenciais deste seu domínio e, de diversas maneiras, submeta a elas a sua humanidade, e ele próprio se torne objecto de multiforme manipulação, se bem que muitas vezes não directamente perceptível; manipulação através de toda a organização da vida comunitária, mediante o sistema de produção e por meio de pressões dos meios de comunicação social. O homem não pode renunciar a si mesmo, nem ao lugar que lhe compete no mundo visível; ele não pode tornar-se escravo das coisas, escravo dos sistemas económicos, escravo da produção e escravo dos seus próprios produtos. Uma civilização de feição puramente materialista condena o homem a tal escravidão, embora algumas vezes, indubitavelmente, isso aconteça contra as intenções e as mesmas premissas dos seus pioneiros” (PAULO II, art. 16, 1976). Comentando a respeito do capitalismo e do papel do Estado, o jurista e filósofo alemão Böckenförde (2009) defende que, para a solução dos graves problemas económicos e sociais ocorridos no sistema capitalista, é necessário substituir o extenso individualismo em matéria de propriedade, o qual toma como ponto de partida e princípio estruturador o lucro dos indivíduos potencialmente ilimitado, pelo princípio da solidariedade, como proposto pela Doutrina Social da Igreja, especialmente na Encíclica *Redemptor Hominis*.

devolução de terras às comunidades indígenas, da nacionalização de grandes empresas e bancos, da consolidação de direitos trabalhistas à classe média emergente e da separação radical entre Igreja e Estado¹²¹.

Essa Constituição, promulgada em 31 de janeiro de 1917, entrando em vigor em 01 de maio do mesmo ano, consagrou, ao lado dos clássicos direitos à liberdade, a exemplo da proibição da escravidão (artigo 2º) e a liberdade de expressão e informação (artigo 6º), direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre estes, vale destacar que não se concentram em um Capítulo da Constituição, mas estão dispersos por todo o texto da Carta, destacando-se os seguintes: proteção à família (artigo 4º), direito à saúde, de incumbência da Federação e das entidades federativas (artigo 4º, § 2º), direito à moradia digna, a ser concretizado por meio de apoio Estatal (artigo 4º, § 3º), proteção pública dos menores (artigo 4º, §4º), direito ao trabalho e ao produto que dele resulta (artigo 5º), proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo (artigo 5º, § 4º) e a vedação à constituição de monopólios (artigo 28). Ademais, previu-se no artigo 27 que as terras e águas são de propriedade da nação (podendo ser transmitidas a particulares mediante propriedade privada), a possibilidade de desapropriação de terras por utilidade pública mediante indenização, a proteção da pequena propriedade e a função social da propriedade. Foram ainda previstos no artigo 123 os direitos ao emprego (e o dever imposto ao Estado de promover a criação de postos de trabalho), à jornada de trabalho máxima de oito horas, à jornada noturna de seis horas, à proibição do trabalho aos menores de 14 anos e jornada máxima de seis horas aos maiores de 14 e menores de 16 anos, entre outros¹²².

¹²¹ Pinheiro, *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*, 2006, p. 107-108.

¹²² Ibidem, p. 110-111.

A despeito de sua importância, não pode a Carta mexicana ser considerada como inauguradora do constitucionalismo social, mas apenas como precursora. Isso porque as circunstâncias que conduziram ao movimento revolucionário e conseqüentemente à promulgação do texto, a saber, as aspirações camponesas e indígenas, não assumiram as mesmas feições em outros países, os quais almejavam a superação dos problemas da pós-industrialização. Além disso, existiam à época poucos doutrinadores cujas reflexões sobre a Constituição mexicana tiveram maior repercussão internacional¹²³.

Coube à Constituição de Weimar de 1919 estabelecer, na linguagem de Loewenstein, o “equipamento-padrão”, que motivou e conformou a consagração e a sistematização de direitos sociais no texto constitucional¹²⁴. Sobre o contexto social de seu surgimento, vale destacar que,

Com a derrota na Primeira Guerra Mundial, a monarquia havia se transformado em história na Alemanha. Proclamada em 9 de novembro de 1918, a nova República precisava de uma Constituição. Nas ruas das grandes cidades reuniam-se trabalhadores e soldados e havia tumultos no espaço público. A nova República precisava de uma ordem própria. Para isso foi eleito um Parlamento, cujos membros tinham, a princípio, uma tarefa primordial: redigir a Constituição do país. O Parlamento foi constituído em 6 de fevereiro de 1919. Durante cinco meses, os então 423 membros da Assembléia Nacional discutiram sobre essa primeira Constituição no Teatro Nacional Alemão, em Weimar. Como a situação em Berlim era instável, com muitos distúrbios nas ruas, escolheu-se Weimar para sediar esse debate, uma pequena e tranqüila cidade com então 37 mil habitantes e que havia sido poupada das destruições da Primeira Guerra. Concluídos os debates parlamentares, o presidente do Reich, o social-democrata Friedrich Ebert, assinou em 11 de agosto de 1919 a Constituição de Weimar¹²⁵.

¹²³ Ibidem, p. 120.

¹²⁴ Ibidem, p. 121.

¹²⁵ Schaum, *Constituição de Weimar era assinada há 90 anos na Alemanha*, 2009.

Com efeito, as graves crises política, econômica e social advindas especialmente da derrota na Primeira Grande Guerra foi o ambiente em que se proclamou a República. Esta teve como Carta Fundamental para sua organização política e declaração de direitos a Constituição de Weimar, que perdurou até a tomada do poder pelos nazistas, em 1933.

Apesar de ser pequeno o período de sua vigência, a Constituição recebe grande destaque por ter previsto em seu *corpus* os direitos sociais de modo sistematizado, ao contrário da Constituição Mexicana. O Livro II da Constituição de Weimar estabelecia entre os direitos fundamentais do cidadão alemão, além das liberdades fundamentais, normas definidoras de direitos sociais, conciliando elementos de concepções liberais e socialistas, as quais eram defendidas pelos partidos alemães à época da Assembléia Nacional Constituinte.

Em seu Capítulo II, Constituição regulava “A vida social”, no Capítulo IV a “Educação e Escola” e no Capítulo V “A vida econômica”. Nestes se concentravam a maioria das normas de direitos sociais, prevendo, entre outros: o direito à proteção e assistência à maternidade (artigo 119, §2º e 161) e à educação da prole (artigo 120); a proteção moral, espiritual e corporal à juventude (artigo 122); o direito à pensão para família em caso de falecimento e à aposentadoria no caso de servidor público (artigo 129); o direito ao ensino de arte e ciência (artigo 142); o ensino obrigatório, público e gratuito (artigo 145); a gratuidade do material escolar (artigo 145); direito à adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores (artigo 146, §2º); a função social da propriedade, desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (artigo 153, §1º); o direito a uma habitação sadia (artigo 155); o direito ao trabalho (artigo 157 e 162); a proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (artigo 161); o

direito da classe operária a um mínimo geral de direitos sociais (artigo 162); o seguro-desemprego (artigo 163, §1º)¹²⁶.

Essa segunda parte da Constituição foi alvo das mais acirradas polêmicas, em razão de inovações introduzidas, especialmente ao submeter o individualismo à coletividade. É sabido que grande parte dos debates travados durante a República de Weimar deram-se em torno do alcance, limites e possibilidades do Livro II; no tocante aos direitos sociais, se eram apenas normas de caráter programático ou algo mais que isso. De todo modo, a Constituição de Weimar buscou legitimar a República por meio da democracia e do Estado Social, uma busca audaciosa pela democracia na forma e na substância, o que foi almejado ao se incorporar as classes trabalhadoras no Estado com base na emancipação política completa e na igualdade de direitos¹²⁷.

A Constituição de Weimar, embora tenha persistido pouco mais de uma década, influenciou as constituições elaboradas posteriormente, como a Constituição Espanhola de 1931¹²⁸. No Brasil, a Constituição de 1934 seguiu o “equipamento-padrão” weimariano, expandindo os direitos sociais protegidos constitucionalmente, ainda que não tivesse diretamente nos movimentos socialistas sua mola propulsora.

Antes da Constituição de 1934, houve previsão de direitos sociais nas constituições e na legislação, mas de modo tímido. Na Constituição

¹²⁶ Pinheiro, *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*, 2006, p. 116-117.

¹²⁷ Becovici, *Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre o Direito, Estado e Economia na República de Weimar*, 2003, p. 12-14.

¹²⁸ Segundo Starck (2009, p. 279-281), a consagração dos direitos sociais nas demais constituições européias deu-se especialmente a partir da década de 1970. Na Inglaterra, as reformas típicas do *Welfare State* foram fundamentadas especialmente no *Beveridge Report*. Segundo seu autor, o Estado, em cooperação com o indivíduo, deveriam combater os inimigos do progresso social, especialmente a miséria, a ignorância, a preguiça, a necessidade e a doença, por meio da Seguridade Social (BEVERIDGE, 1942, p. 6-7).

brasileira de 1824, previa o artigo 179 a garantia dos socorros públicos (inciso XXXI) e da gratuidade da instrução primária a todos os cidadãos (inciso XXXII). Esses direitos, contudo, foram omitidos na Constituição republicana de 1891.

O verdadeiro avanço nos direitos sociais ocorreu entre na década de 1930. De acordo com Carvalho¹²⁹, nesse período havia um grupo influente que destoava do liberalismo dominante, mas também do socialismo. Trata-se dos positivistas. A corrente mais forte do positivismo brasileiro, chamada de ortodoxa, manteve-se fiel ao pensamento de Augusto Comte, para quem, no que se refere à questão social, o principal objetivo da política era incorporar o proletariado à sociedade por meio de medidas protetivas ao trabalhador e a sua família. Diferente de correntes socialistas, o positivismo enfatizava a cooperação entre trabalhadores e patrões ao buscar a solução pacífica dos conflitos. Os dois grupos deveriam agir de acordo com o interesse da sociedade, que era superior aos seus. Os operários deveriam respeitar os patrões, os patrões tratar bem os empregados. A maior influência do positivismo ortodoxo no Brasil verificou-se no Estado do Rio Grande do Sul, de onde se originou Getúlio Vargas. Nesse contexto, sob a influência da doutrina positivista, a Constituição brasileira de 1934 inova ao incluir um capítulo referente à ordem econômica e social e outro relativo à família, educação e cultura, positivando em sede constitucional alguns direitos sociais.

A respeito dos direitos dos trabalhadores, assegurou-se, entre outros: a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; o salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador (o que inclui alimentação, vestuário, moradia, etc.); o trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só

¹²⁹ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 110-111.

prorrogáveis nos casos previstos em lei; a proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e, o repouso hebdomadário, de preferência aos domingos (artigo 121). Previu-se também o amparo à maternidade e à infância (artigo 141), a proteção da família (artigo 144), o direito à educação com respectivo dever de promovê-la imposto à família e ao Poder Público (artigo 149).

À semelhança da Carta de 1934, a Constituição de 1937, trouxe uma declaração de direitos, prevista nos artigos 124 a 155, os quais continham normas relativas à família, educação, cultura e ordem econômica. Entretanto, uma vez que a Constituição dependia do plebiscito para sua vigência, foi através de decretos-leis que os maiores avanços no campo dos direitos sociais foram sentido.

Durante a Era Vargas, por meio do decreto-lei n. 1237 de 1939 foi formalmente instituída a Justiça do Trabalho (já prevista nas Constituições de 1934 e 1937), embora efetivamente instalada apenas em 1941, ainda mantida na esfera administrativa, como órgão do Poder Executivo. Em 1940, o Decreto n. 2377 criou o imposto sindical, possibilitando que os sindicatos dispusessem de recursos para sua manutenção. Em 1943, por meio do decreto-lei n. 5452, foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho, o principal documento legislativo trabalhista brasileiro¹³⁰.

Em relação à previdência social, houve considerável expansão entre 1930 e 1945¹³¹, mediante a criação dos institutos de aposentadorias e

¹³⁰ As normas brasileiras de proteção do trabalhador datam inicialmente do século XIX. O Decreto n. 1313 de 1891 regulamentou o trabalho dos menores entre 12 e 18 anos, vedando o trabalho infantil. A lei sindical geral, o Decreto n. 1637, data de 1907. O Decreto n. 3550 de 1918 criou o Departamento Nacional do Trabalho como órgão fiscalizador do cumprimento das leis e informativo.

¹³¹ No campo do direito previdenciário, menciona-se como principais leis anteriores a 1930: o Código Comercial de 1850, que previa que os acidentes imprevistos e inculpadados que impedissem aos prepostos o exercício de suas funções não interromperiam o vencimento do salário por três meses contínuos (artigo 79); o

pensões, a exemplo do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos em 1933 (Decreto n. 22.872), do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários e do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários em 1934 (respectivamente, Decreto n. 24.272 e Decreto n. 24.615) e do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários em 1936 (Lei n. 367). O Instituto de Serviços Sociais do Brasil foi criado em 1945, por meio do Decreto n. 7526.

Nas áreas da saúde e educação, destaca-se no período a criação do Ministério da Educação e Saúde em 1930 (Decreto n. 19.402). Aconteceram reformas no ensino secundário e a no ensino superior, por dos decretos-leis 18.951 e 18.952, ambos de 1931. Em 1937, criou-se o Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos (INEP), integrado, em 1942, ao Fundo Nacional do Ensino Primário. Em 1942, foi promulgada a Lei Orgânica do Ensino Secundário, que instituiu o primeiro ciclo secundário de quatro anos, ou curso ginasial, e um segundo ciclo, de três anos, clássico ou científico¹³². No âmbito da saúde, foi criado em 1937 o primeiro órgão de saúde pública de dimensão nacional, o Serviço Nacional de Febre Amarela. Foram ainda criados: o Serviço de Malária no Nordeste em 1939, o Serviço de Malária da Baixada Fluminense em 1940. O Departamento Nacional de Saúde, criado em 1920 (Decreto n. 3.987), foi reestruturado, passando a englobar vários serviços dispersos e a centralizar a direção

Regulamento n. 737 de 1850, que assegurava aos empregados acidentados no trabalho os salários por no máximo três meses; o Decreto n. 3397 de 1888, que criou a Caixa de Socorro para o pessoal das estradas de ferro do Estado; o Decreto n. 9.912-A de 1888, que concedeu aos empregados dos correios o direito à aposentadoria; o Decreto n. 10269 de 1889, que estabeleceu um fundo especial de pensões para os trabalhadores das Oficinas da Imprensa Régia; o Decreto n. 4682 de 1923 (Lei Elóy Chaves), que criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP's).

¹³² Antes de 1930, pode-se destacar a Lei Orgânica do Ensino no Brasil de 1827 e o Decreto Imperial de 11 de agosto também de 1827, este instituidor dos primeiros cursos jurídicos (São Paulo e Olinda). Em decorrência da atribuição concedida aos Estados pela Constituição de 1891, a partir de 1920 teve início, em várias unidades da federação, movimentos de renovação educacional.

política, administrativa e financeira de todas as atividades sanitárias no país¹³³.

Certamente, embora os problemas sociais atacados pelas constituições, legislação e políticas públicas não foram definitivamente solucionados, nesse período estabeleceram-se as principais bases para os avanços posteriores.

A Constituição de 1946 trouxe, semelhantemente às constituições da década de 30, um declaração com dispositivos característicos da constituição de um Estado Social, especialmente no “Título V – Ordem econômica e social” e no “Título VI – Família, educação e cultura”. Em 1967, tais dispositivos vieram insculpidos no “Título III – Da ordem

¹³³ Dados disponíveis em: <http://portal.saude.gov.br> e www.funasa.gov.br. Acesso em fevereiro de 2011. Antes de 1930, pode-se destacar: a criação da primeira organização nacional de saúde pública no Brasil em 1808 (Colégio Médico-Cirúrgico no Real Hospital Militar da Cidade de Salvador e Escola de Cirurgia do Rio de Janeiro); o Alvará de 23 de nov. de 1808, sobre regimentos e jurisdição do Físico-Mor e Cirurgião-Mor e seus delegados; a Lei de Municipalização dos Serviços de Saúde de 1828, que conferiu às Juntas Municipais as funções exercidas anteriormente pelo Físico-Mor, Cirurgião-Mor e seus delegados; criação da Inspeção de Saúde Pública do Porto do Rio de Janeiro, subordinada ao Senado da Câmara em 1828; em 1837 ficou estabelecida a imunização compulsória das crianças contra a varíola; em 1846, com o Decreto n. 464 foi organizado o Instituto Vacínico do Império; o Decreto n. 533 de 1850 autorizou o governo a despender recursos para medidas tendentes a obstar a propagação de epidemia; em 1851 houve a regulamentação da lei que criou a Junta Central de Higiene Pública, subordinada ao Ministro do Império; o Decreto n. 752 de 1851, que abriu ao Ministério do Império um crédito extraordinário para despesas com providências sanitárias tendentes a atalhar o progresso da febre amarela a prevenir o seu reaparecimento e a socorrer os enfermos necessitados; o Decreto n. 798, de 1851, que mandou executar o regulamento do registro dos nascimentos e óbitos; o Decreto n. 826, de 1851, que abriu ao Ministério do Império um crédito extraordinário para as despesas com a epidemia de bexigas, na província do Pará e em outras; o Decreto Legislativo n. 1.151, de 1904, que instituiu a “Reforma Oswaldo Cruz”, o qual criou o Serviço de Profilaxia da Febre Amarela e a Inspetoria de Isolamento e Desinfecção (com responsabilidade de combate à malária e à peste no Rio de Janeiro); o Decreto n. 1.261 de 1904, que tornou obrigatória, em toda a República, a vacinação e a revacinação contra a varíola; o Decreto n. 1.802 de 1907, que criou o Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos (atual Instituto Oswaldo Cruz), onde foram estabelecidas normas e estratégias para o controle dos mosquitos, vetores da febre amarela; o Decreto n. 13.000 de 1918, pelo qual foi criado o Serviço da Quinina Oficial, profilático da malária; o Decreto n. 13.001 de 1918, a partir do qual foram iniciadas as atividades do Serviço de Profilaxia Rural; o Decreto n. 15.003 de 1921, que instituiu a “Reforma Carlos Chagas”.

econômica e social” e no “Título IV – Da família, da educação e da cultura” da Constituição. A emenda constitucional nº 1 de 1969 não tal declaração, sendo mantida no “Título III – Da ordem econômica e social” e “Título IV – Da família, da educação e da cultura”.

No âmbito infraconstitucional, a partir de 1946, podem ser destacados avanços na legislação social. No campo da previdência social e trabalho: o Decreto-Lei n. 8.738 de 1946, que criou o Conselho Superior da Previdência Social; o Decreto-Lei n. 8.742 de 1946, criou o Departamento Nacional de Previdência Social; a Lei n. 605 de 1949, dispondo sobre repouso semanal remunerado; o Decreto n. 35.448 de 1950, que expediu o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões; a Lei n. 3.807 de 1960, que criou a Lei Orgânica de Previdência Social - LOPS, unificando a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões; a Lei n. 4.090 de 1962; que estabeleceu a gratificação natalina ou décimo terceiro salário; em 1963 criou-se o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural – FUNRURAL e o Regime Único dos Institutos de Aposentadorias e Pensões; o Decreto-Lei n. 72 de 1966 reuniu os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS; a Lei Complementar n. 7 de 1970 criou o Programa de Integração Social – PIS e a Lei Complementar n. 8, também de 1970, instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP; em 1974 foi instituído o Ministério da Previdência e Assistência Social desmembrado do Ministério do Trabalho e da Previdência Social; a Lei n. 6.439 de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, responsável pela proposição da política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social, bem como pela supervisão dos órgãos que lhe são subordinados e das entidades a ele vinculadas; em 1984 é aprovada a Consolidação das Leis da Previdência Social.

Na saúde: a Lei n. 1.920 de 1953, que desdobrou o Ministério da Educação e Saúde em dois ministérios, da Saúde e da Educação e Cultura; a Lei n. 1.944 de 1953, que tornou obrigatória a iodação do sal de cozinha; a Lei n. 2.312 de 1954, que estabeleceu normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde; a Lei Ordinária n. 2.753 de 1956, que criou o Departamento Nacional de Endemias Rurais; a Lei n. 4.709 de 1965, que promoveu a criação da Campanha de Erradicação da Malária (CEM); o Decreto n. 78.231 de 1976, que dispôs sobre a organização das Ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e estabeleceu normas relativas à notificação compulsória de doenças.

Na área da educação, pode-se mencionar a Lei n. 1.920 de 1953, pelo qual o Ministério da Educação e Saúde passou a ser denominado como Ministério da Educação e Cultura (artigo 2º), a Lei n. 4.024 de 1961, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei n. 5.692 de 1971, que promoveu reformas no ensino de primeiro e segundo graus.

Embora o direito à moradia não tenha sido expressamente previsto nas referidas constituições, ou anteriores, como um direito social¹³⁴, é imperioso ressaltar que foi nesse período, por meio do Decreto n. 4.380 de 1964, que se instituiu o Sistema Financeiro de Habitação e que se criou o Banco Nacional de Habitação (sucedido pela Caixa Econômica Federal com o Decreto n. 2.291 de 1986), como instrumentos para intervenção no setor habitacional, facilitando e promovendo a construção ou aquisição da casa própria. Outro instrumento importante foi a Lei n. 6.766 de 1979, que regulou o parcelamento do solo urbano, prevendo a necessidade de infraestrutura básica.

¹³⁴ No entanto, pode-se compreender, por exemplo, a garantia do salário-mínimo na Constituição de 1934 (artigo 121, b) como referência implícita ao direito à moradia, haja vista que deveria ser suficiente para atender a todas as necessidades do trabalhador. A referida previsão foi mantida nas constituições seguintes.

Observa-se, portanto, que o legislador procurou criar estruturas e tornar efetivas as previsões constitucionais relativas a direitos sociais. A Constituição de 1988 também trouxe previsões de conteúdo prestacional. Em razão do modo como as consagrou, contudo, afasta-se da tradição anterior, que desde a Constituição de 1934 costumava abrigar estes direitos no título da ordem econômica e social, eminentemente sob a forma de normas programáticas.

A Constituição prevê, além de normas programáticas de direitos sociais em seu “Título I – Dos princípios fundamentais”, também direitos sociais como direitos fundamentais no “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais; Capítulo II – Direitos sociais”, bem como um extenso rol de normas relativas à atividade econômica, família, criança, adolescente, trabalho, cultura, assistência social, previdência social e saúde no “Título VII – Da ordem econômica e financeira” e no “Título VIII – Da ordem social”. Nesse sentido, avança em termos de eficácia e efetividade ao conceder-lhes capítulo próprio e reconhecê-los de modo inequívoco como direitos fundamentais¹³⁵.

Sob a vigência da Constituição de 1988, pode-se destacar, no âmbito do direito do trabalho: a Lei n. 8.036 de 1990, que dispõe sobre o FGTS; a Lei n. 7.998 de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); a Lei n. 10.208 de 2001, que faculta o acesso do empregado doméstico ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e ao seguro-desemprego.

Na área da previdência social, entre outros: o Decreto n. 99.350 de 1990, pelo qual o Instituto Nacional da Previdência Social se fundiu ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social para formar o Instituto Nacional de Seguridade Social; a Lei n.

¹³⁵ Sarlet, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, 2001, p. 17.

8.213 de 1991, que tratou de reformar os planos de benefícios da Previdência Social; a Lei Complementar n. 70 de 1991, que estabeleceu a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS; o Decreto n. 3.048 de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social; a Lei 11.098 de 2005, que efetuou mudança estrutural no INSS, criando a Secretaria da Receita Previdenciária com competência relativa à arrecadação, fiscalização, lançamento e normatização de receitas previdenciárias.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n. 9.394 de 1996 é um marco na história da legislação da educação após a Constituição de 1988, após 25 anos de vigência da Lei n. 5.692 de 1971. A Lei n. 10.172 de 2001 aprovou o Plano Nacional da Educação, com o objetivo de elevar o nível de escolaridade da população, melhorar a qualidade do ensino e reduzir as desigualdades sociais.

No campo da saúde pública, a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080 de 1990 detalhou o funcionamento do sistema de saúde no Brasil e instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, definindo seus objetivos, princípios e modo de organização, criou o subsistema de atenção à saúde indígena, e regulou a prestação de serviços privados de assistência à saúde.

Com a Emenda Constitucional n. 26 de 2000, a moradia passou a integrar o texto constitucional como um direito social, o que não havia sido previsto expressamente nas constituições anteriores. Entre as normas infraconstitucionais referentes à moradia posterior à emenda, pode-se destacar: a Lei Complementar n. 111 de 2001, que regulamenta os artigos 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fazendo com que o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza passe a vigorar até 2010, que tem como um de seus objetivos viabilizar o acesso de todos brasileiros à habitação e outros direitos sociais; a Lei n. 10.257 de 2001, que estabeleceu diretrizes gerais para política urbana (Estatuto da Cidade),

ordenando o desenvolvimento da função social das cidades; a Lei n. 10.406 de 2002 (Código Civil), em Título III, que confere direitos e impõe deveres ao proprietário de bens; a Lei n. 11.124 de 2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; o Decreto n. 4.887 de 2003 regulamentou o procedimento para identificação, delimitação e titulação de terras ocupadas por remanescentes dos quilombos. Antes de 2000, mas sob a vigência da Constituição de 1988, tem-se, entre outras: a Lei n. 9.785 de 1999, que altera a Lei do parcelamento do solo urbano (artigo 2º, §5º da Lei n. 6.766 de 1979), especificando como infra-estrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não; a Lei n. 8.009 de 1990, que instituiu a impenhorabilidade do bem de família; e, a Lei n. 8.245, que trata da locação de imóveis urbanos (alterada em 2009 pela Lei n. 12.112).

Vale destacar ainda que no Brasil foram promulgados atos internacionais relativos à garantia de direitos sociais, em especial, o Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966 (Decreto n. 591 de 1992) e o Protocolo adicional à Convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – Pacto de San Salvador – de 1988 (Decreto n. 3.321 de 1999). Tais documentos representam a participação do Brasil em um esforço internacional para a promoção da dignidade humana.

Certo é que houve evolução social no Brasil nas últimas décadas. Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o

Desenvolvimento¹³⁶, a expectativa de vida dos brasileiros elevou-se de 62,5 anos em 1980 para 72,9 anos em 2010¹³⁷, a média de anos de estudo do brasileiro subiu de 2,6 anos em 1980 para 7,2 anos em 2010, e o índice de desenvolvimento humano evoluiu de 0,644 em 1975 para 0,800 em 2005¹³⁸. Certamente, as previsões constitucionais que estabeleceram o modelo de Estado Social brasileiro, a legislação social (inclusive anterior à década de 1930) e a realização de políticas públicas pelo Executivo, além das iniciativas privadas, contribuíram para a ocorrência dessas melhorias na qualidade de vida do cidadão brasileiro.

Entretanto, existe ainda muito a ser feito. Carvalho¹³⁹ destaca que, embora tenha havido progressos, esses ocorreram lentamente. Na previdência, um dos mais graves problemas que persiste é o do valor das aposentadorias, por sua insuficiência. Na educação, o índice de repetência ainda é muito alto (em 2007 eram necessários 10 anos para se cumprir os oito anos do ensino fundamental). As desigualdades sociais são ainda grandes, uma vez que a riqueza nacional se concentra nas mãos de poucos. O Brasil está entre os dez países com os piores índices de desigualdade no mundo¹⁴⁰. Embora tenha havido na última década investimentos para a redução da miséria, a situação continua grave. Em 2008, o Brasil ainda

¹³⁶ *Brasil sobe quatro posições no novo IDH; avanço é o mais expressivo de 2009 a 2010 [2010]*, disponível em <http://www.pnud.org.br>, acesso em janeiro de 2011.

¹³⁷ Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a expectativa de vida ao nascer no Brasil era 27,3 anos em 1870, 34 anos em 1930, 51,43 anos em 1970 e 68,61 anos em 2000. A mortalidade infantil, de 123,9 mortes para mil nascimentos em 1970 decresceu para 30,57 em 2000 (*Esperança de vida ao nascer [2009]* e *Mortalidade infantil [2009]*, disponíveis em www.ipeadata.gov.br, acesso em janeiro de 2011).

¹³⁸ Utilizando-se a nova metodologia, o IDH cresceu de 0,649 em 2000 para 0,699 em 2010.

¹³⁹ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2007, p. 206-209.

¹⁴⁰ Informações sobre a desigualdade social no Brasil estão disponíveis em <http://www.pnud.org.br>, acesso em janeiro de 2011.

tinha 53,9 milhões de pessoas vivendo na pobreza, sendo 19,9 milhões na miséria (pessoas com renda inferior a um quarto do salário mínimo)¹⁴¹.

1.4 Os direitos de solidariedade

No período do pós Segunda Guerra, observa-se o aumento da preocupação em se preservar direitos relacionados aos interesses voltados à solidariedade humana, os quais se relacionam à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, entre outros. São novas reivindicações fundamentais do ser humano, advindas de necessidades produzidas especialmente pelo impacto tecnológico, pelas ameaças de guerra e pelo processo de descolonização. A respeito da positivação de direitos com vistas a atender tais reivindicações, houve expansão no campo do direito constitucional, mas especialmente no direito internacional¹⁴².

Trata-se, novamente, de uma expansão de direitos, haja vista que documentos anteriores já haviam enfrentado algumas dessas questões. A Constituição mexicana de 1917 previa direitos de solidariedade. Na Carta, o artigo 3º determina que o sistema educacional deverá promover a consciência da solidariedade internacional, o artigo 25 afirma que os setores sociais e privados da economia sujeitam-se aos interesses públicos e devem cuidar da conservação dos recursos e do meio ambiente, o artigo 27 reconhece a necessidade de se editar medidas para preservar e restaurar o equilíbrio ecológico¹⁴³. Na Constituição de Weimar, o artigo 150 previa que monumentos de arte, históricos e naturais, bem como a paisagem,

¹⁴¹ Dados disponíveis em <http://www.ipea.gov.br>, acesso em janeiro de 2011.

¹⁴² Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 48-49.

¹⁴³ *Constitución*, disponível em www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf, acesso em 15 de agosto de 2010.

gozam da proteção estatal, positivando constitucionalmente típicos direitos de terceira dimensão, isto é, preservação ambiental e conservação dos patrimônios históricos e culturais¹⁴⁴.

No Brasil, poucos direitos dessa ampla categoria foram previstos antes de 1988. Na Constituição Brasileira de 1934, determinava o artigo 148 que era dever da União, dos Estados e dos Municípios proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País. Semelhante previsão se encontra nos artigos 134 da Constituição de 1937, 175 da Constituição de 1946, 172 da Constituição de 1967 e no artigo 180 da emenda constitucional nº1 de 1969.

Na Constituição de 1988, houve grande expansão, prevendo-se, no artigo 4º, que a República deve reger-se nas suas relações internacionais pelos princípios da autodeterminação dos povos, da devesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, entre outros. A proteção do patrimônio cultural é prevista no artigo 216, §1º. A pesquisa científica básica que visa o bem público e o progresso das ciências receberá tratamento prioritário do Estado, conforme disposto no artigo 218, §1º. Os artigos 220 a 224 regulam e protegem o direito à comunicação social. No artigo 225 é previsto que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo...”.

No âmbito infraconstitucional, pode-se ressaltar a Lei n. 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade, que estabelece normas para a proteção, preservação e recuperação do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. Também sobre a proteção do patrimônio, o Decreto-Lei n. 25 de 1937 e a Lei n. 3.924 de 1961, que regulam o instituto do tombamento, bem como a Lei da Arqueologia (Lei n. 3.924 de

¹⁴⁴ Pinheiro, *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*, 2006, p. 117.

1961), que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos de qualquer natureza existentes no território nacional.

A comunicação social é regida pelas seguintes leis: Lei n. 11.652 de 2008, que institui os princípios e objetivos dos serviços de radiofusão pública explorados pelo Poder Executivo ou outorgados a entidades de sua administração indireta; a Lei Geral das Telecomunicações, Lei n. 9.472 de 1997; a Lei n. 9.612 de 1998, que regula a radiofusão comunitária; e, a Lei n. 8.977 de 1995, que dispõe sobre o serviço de TV a Cabo; Lei n. 8.839 de 1991, que cria o Conselho de Comunicação Social; Lei n. 5.250 de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação (tornada sem efeito em 2009 pelo STF, por ser considerada incompatível com a Constituição de 1988); entre outras.

No campo da pesquisa científica, faz-se referência a: Lei n. 11.794 de 2008, que estabelece procedimentos para o uso científico de animais; Lei n. 10.973 de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo; Lei n. 9.610 de 1998, a lei de direitos autorais; Lei n. 8.958 de 1994, que regula a relação entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio; Lei n. 8.501 de 1992, que dispõe sobre a utilização de cadáver para fins de estudo e pesquisa científica; entre outras.

Em relação ao direito ao meio ambiente saudável, podem-se ser destacadas, desde a promulgação da Constituição de 1988: a Lei n. 7.754 de 1989, que estabelece medidas para a proteção de florestas existentes nas nascentes dos rios; a Lei n. 7.802 de 1989, que dispõe sobre os resíduos de embalagens e agrotóxicos; a Lei n. 8.974 de 1995, que estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; a Lei n. 9.433 de 1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema

Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; a Lei n. 9.605 de 1988, que dispõe sobre sanções penais e administrativas para condutas lesivas ao meio ambiente (Lei dos Crimes Ambientais); a Lei n. 9.795 de 1999, que dispõe sobre a educação ambiental e institui a Política Nacional de Educação Ambiental; a Lei n. 9.966 de 2000, que dispões sobre a prevenção e o controle da poluição das águas por óleo e outras substâncias; a Lei n. 9.984 de 2000, que cria a Agência Nacional de Águas; a Lei n. 9.985 de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de conservação da Natureza; a Lei n. 11.284 de 2006, que institui o Serviço Florestal Brasileiro, cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal e dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; a Lei n. 11.428 de 2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica; e, a Lei 12.305 de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Antes da vigência da Constituição de 1988, podem ser mencionadas: a Lei n. 7.661 de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro; a Lei n. 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei n. 6.766 de 1979, que trata do parcelamento do solo urbano; a Lei n. 5.197 de 1967, que dispõe sobre a proteção da fauna; e, a Lei n. 4.771 de 1965, que institui o Código Florestal (revogando o Código Florestal de 1934, Decreto 23.793).

Atualmente, após 12 anos de discussão, encontra-se aprovado o Projeto de Lei 6.424 de 2005, que propõe alterações ao Código Florestal, em trâmite no Congresso Nacional, que tem como um dos pontos mais debatidos a definição das áreas de preservação ambiental nas margens dos rios.

No plano internacional, é feita alusão aos seguintes acordos sobre direitos de solidariedade: a Convenção Universal sobre o Direito do Autor (Revisada) de 1971 (Decreto n. 76.905 de 1975), a Convenção sobre a

Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (UNESCO) de 1972 (Decreto n. 80.978 de 1977), a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 (Decreto n. 99.280 de 1990), a Convenção sobre a Diversidade Biológica (Rio-92) de 1992 (Decreto n. 2.519 de 1998) e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança de Clima de 1997 (Decreto n. 5.445 de 2005).

A partir desse breve apanhado histórico, não é difícil concluir, em consonância com Bobbio¹⁴⁵, que os direitos humanos fundamentais são direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

O catálogo de direitos fundamentais trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa um acumulado de conquistas históricas, sendo a positivação de direitos já incorporados ao pensamento jurídico e a estatutos normativos passados.

Feitas essas considerações históricas, passa-se ao estudo dos direitos fundamentais sob a perspectiva de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, com especial destaque à consagração dos mesmos na Constituição Brasileira de 1988.

¹⁴⁵ Bobbio, *A era dos direitos*, 1992, p. 5.

CAPÍTULO 2

Os direitos fundamentais e a Constituição brasileira de 1988

Os direitos fundamentais podem ser examinados sob diferentes perspectivas. No capítulo anterior, buscou-se apontar alguns eventos, documentos e idéias que marcaram a história dos direitos fundamentais, especialmente aqueles que mais diretamente proporcionaram as bases para sua teorização na contemporaneidade. No presente capítulo, pretende-se refletir a respeito da teoria dos direitos fundamentais, conferindo destaque ao conceito e classificação dos direitos, bem como à estrutura e eficácia das normas que os consagram. Para cada tema, pretende-se apontar tanto noções de teoria teórico-jurídica quanto de teoria jurídico-positiva, esta última tomando como objeto a Constituição brasileira de 1988¹⁴⁶.

2.1 Aproximação ao conceito de direitos fundamentais

Em obra clássica do Direito Constitucional brasileiro, Silva¹⁴⁷, conceitua os direitos fundamentais como aquelas prerrogativas e instituições consagradas pelo direito positivo para a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, direitos que devem ser reconhecidos e efetivados em relação a todos.

Para o autor, esses direitos apresentam quatro características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Historicidade, por serem históricos como qualquer direito; nascem,

¹⁴⁶ Semelhantemente, Canotilho, *Direito Constitucional*, 1993, p. 495-496.

¹⁴⁷ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 182-183.

modificam-se e desaparecem. Inalienabilidade, pois são direitos intransferíveis, inegociáveis, indisponíveis. Imprescritíveis, porque nunca deixam de ser exigíveis. Irrenunciabilidade, pelo fato de que, apesar de poderem não ser exercidos, não se admite que sejam renunciados. Além destas características, na medida em que são inseridos no texto de uma constituição, tornam-se direitos constitucionais, fundamentados no princípio da soberania popular¹⁴⁸.

Certamente, e como o próprio doutrinador brasileiro reconhece, é nítida a influência do pensamento jusnaturalista na proposta de caracterização dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao fato de serem considerados inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, bem como por serem direitos que visam a garantia de uma convivência digna, livre e igual. Afasta-se, contudo, da concepção de que são direitos inatos, ao considerá-los como históricos. “Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas”¹⁴⁹.

Na tradição espanhola, Perez Luño¹⁵⁰ entende que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte em sua normativa constitucional, os quais gozam de uma tutela reforçada. Reconhece, portanto, que a idéia de direitos fundamentais, bem como o conteúdo de tais direitos, têm como fonte de inspiração a teoria dos direitos humanos, desenvolvida a partir das concepções jusnaturalistas.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 184-185.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 185. A respeito da necessidade de positivação dos direitos fundamentais, afirma Zippelius (1997, p. 437) que a obrigatoriedade pré-estatal que caracteriza os direitos fundamentais não lhes assegura validade jurídica. Certamente, possuem os direitos fundamentais vinculação moral ou ético-social, mas dificilmente conseguiriam se operacionalizar concretamente na sociedade sem que tomem existência jurídica via positivação normativa. No Estado, somente é possível a garantia da execução (coercitiva) da norma mediante a tutela jurídica.

¹⁵⁰ Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, 2005, p. 46.

Quanto ao conceito de direitos humanos, entende o consagrado autor espanhol que são o conjunto de faculdades e instituições as quais, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos na esfera nacional e internacional¹⁵¹.

Nesse sentido, defende que o conteúdo desses direitos é vinculado aos valores da dignidade, liberdade e igualdade, sendo que o modo de concretização das referidas exigências pode variar ao longo da história. Além disso, confere destaque ao fato de que são direitos garantidos pelos ordenamentos jurídicos com tutela reforçada, distinguindo-se dos demais direitos reconhecidos a indivíduos e coletividades.

Para Perez Luño¹⁵², os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito que os direitos humanos, uma vez que descrevem direitos e liberdades que são juridicamente e institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo. São, por isso, direitos delimitados no tempo e no espaço, os quais se prestam para fundamentar o sistema jurídico-político do Estado de Direito.

O jurista português Vieira de Andrade¹⁵³ entende que os direitos fundamentais consistem no conjunto de posições jurídicas atribuídas a todos os indivíduos ou categoria de indivíduos, as quais lhes conferem a proteção especial de determinados bens jurídicos considerados essenciais, visando à concretização da dignidade da pessoa.

Essa definição, embora indique como conteúdo essencial dos direitos fundamentais a proteção da dignidade da pessoa, permanece com claro saliente formal, permitindo sua utilização pela dogmática jurídica

¹⁵¹ Ibidem, 2005, p. 46.

¹⁵² Ibidem, 2005, p. 47.

¹⁵³ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 2004, p. 82-83.

quando da análise de diferentes constituições. Ao defini-los, o autor deixa em aberto particularidades relativas ao conteúdo e ao modo de proteção dos direitos fundamentais, o que não pode ser precisado a não ser a partir de elementos de cada sistema constitucional.

Na doutrina alemã, Loewenstein¹⁵⁴ defende como direitos fundamentais (ou liberdades fundamentais) as esferas de autodeterminação individual que são protegidas em face da intervenção do Estado, que são anteriores à constituição e que funcionam como controles verticais sobre o poder político. Esses direitos compõem o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional.

Essa definição, como é evidente, não abrange direitos políticos e sociais, uma vez que estes não correspondem à mera proteção da esfera de liberdade individual. Em relação aos direitos sociais, entende o autor que não são direitos em sentido estrito, porquanto não podem ser exigidos judicialmente do Estado até que sejam institucionalizados por uma ação do próprio Estado¹⁵⁵.

Esses conceitos representam a tentativa doutrinária de fixar as linhas mestras para a compreensão dos direitos fundamentais, independentemente das particularidades que advenham da positivação nas cartas constitucionais. No entanto, a conceituação dos direitos fundamentais sob uma perspectiva jurídico-positiva exige que estas particularidades sejam levadas em consideração, uma vez que são elas os elementos configuradores o conceito. Na esteira do que propõe Hesse¹⁵⁶, “são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”. Isto é, o conceito de direitos fundamentais depende das características a eles atribuídas pelo sistema constitucional.

¹⁵⁴ Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 1970, p. 390-392.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 401.

¹⁵⁶ Hesse, *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*, 1998, p. 225.

Na Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais são enunciados de forma sistemática nos cinco capítulos do Título II (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Dos Direitos Sociais, Da Nacionalidade, Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos). Esse catálogo, todavia, não exclui o reconhecimento de outros direitos fundamentais, dispersos no texto da própria Carta ou em função da abertura que a própria Carta promove no artigo 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁵⁷ e §3º “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Veja-se, por exemplo, o reconhecimento do direito à busca pela felicidade: “O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM no agravante, com o profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, ‘que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico’. (...) Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.” (Suspensão de Tutela Antecipada n. 223-AgR, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-4-2008, Plenário, Informativo 502).

¹⁵⁸ Cláusulas de abertura semelhantes são encontradas também na Constituição portuguesa. Na lição de Canotilho (1993, p. 528), “os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais*”.

Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 caracterizam-se por estarem contidos em normas de aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º), as quais, quando consagradoras de direitos e garantias individuais e do voto (direto, secreto, universal e periódico), são protegidas contra emendas constitucionais tendentes à sua abolição (artigo 60, §4º, II e IV). Vale ressaltar que a limitação constitucional não se refere ao objeto do direito fundamental (se liberdade ou igualdade material, se direitos civis ou sociais), mas sim à titularidade, de modo que tal dispositivo constitucional deve ser interpretado inclusivamente no que diz com os direitos sociais¹⁵⁹.

Assim, a Constituição confere a esses direitos tutela reforçada, posicionando-os na base do ordenamento jurídico, razão pela qual

formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (cfr. art. 16), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados *direitos materialmente fundamentais*. Por outro lado, trata-se de uma ‘norma *defattispecie* aberta’, de forma a abranger, para além das positivamente concretas, todas as possibilidades de ‘direitos’ que se propõem no horizonte da acção humana. Daí que os autores se refiram também aqui ao *princípio da não identificação* ou da *cláusula aberta*. Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais. Neste sentido, o âmbito normativo do art. 16 §1º ‘alarga-se’ ou ‘abre-se’ a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles — os direitos, liberdades e garantias”. Além disso, há também direitos fundamentais dispersos na Carta portuguesa: “o amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados *direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*. Alguns destes direitos são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (exs.: arts. 106.73, 127.71, 217, 246.72, 268.72, 3,4 e 5, 269.73, 271.73 e 276.77); outros aproximam-se dos direitos sociais (ex.: art. 102)” (CANOTILHO, 1993, p. 529).

¹⁵⁹ Nessa mesma direção, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 18-19) afirmam que os direitos sociais, por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal, sejam negativos ou positivos, devem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão ou erosão pelo poder de reforma constitucional. Sobre essa discussão, cf. Sarlet, *Direitos sociais como direitos fundamentais*, 2009, p. 226-233.

vinculam todos os indivíduos, todas as organizações, todos os agentes públicos e todas as outras normas, prevalecendo no caso de conflito. A depender do grau de violação a esses direitos, podem ser aplicadas medidas de alta severidade para a retribuição e prevenção de novas condutas violadoras, com caráter penal, a exemplo da prática do racismo, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e de crimes hediondos (artigo 5º, XLII e XLIII).

No catálogo constitucional, são previstos expressamente, entre outros, os seguintes direitos: direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade nos termos do artigo 5º; direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dos artigos 6º a 11, e dos Títulos VII e VIII; direito à nacionalidade brasileira, nos artigos 12 e 13; direitos políticos (como o direito a votar de modo secreto e direto) e de associação política, conforme o disposto nos artigos 14 a 17.

A interpretação e aplicação desses dispositivos é orientada pelos fundamentos da República Federativa do Brasil constantes do artigo 1º da Constituição (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político), sendo que os direitos fundamentais têm como finalidade promover a sua concretização.

2.2 Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser classificados, pelos menos, a partir de quatro critérios: conteúdo, titularidade, posições jurídicas e surgimento histórico. O primeiro critério pode ser visto como a base classificatória para os demais, haja vista que aponta o sentido dos direitos de que se é titular, que possibilita a compreensão das posições jurídicas

fundamentais e que indica o que deve ser destacado ao longo do desenvolvimento histórico de sociedades.

Quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais podem ser classificados como civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. Esse critério tem caráter basilar, uma vez que os outros modos de classificar os direitos necessariamente fazem referência a ele. Foi ainda o critério utilizado para o exame dos direitos fundamentais sob a perspectiva histórica, no capítulo anterior.

Os direitos civis compõem a classe de direitos que visa resguardar uma esfera de liberdade individual em face de ingerências ilegítimas, sejam estas praticadas por outros indivíduos, por organizações ou pelo Estado. Essa classe inclui o direito à proteção e segurança, a proteção contra discriminação, bem como as liberdades de tradição liberal.

Quanto a estas, Bovero¹⁶⁰ destaca a existência de quatro grandes liberdades: a liberdade pessoal, de opinião, de reunião e de associação. A liberdade pessoal consiste no direito de não ser detido arbitrariamente, sendo o seu corolário a liberdade de mover-se não impedido por barreiras opressivas. A liberdade de opinião e de imprensa refere-se à liberdade de expressar, manifestar e difundir o próprio pensamento, equivalente ao direito ao dissenso e à crítica pública. A liberdade de reunião diz respeito ao direito de protesto coletivo. Finalmente, a liberdade de associação é o direito de criar organismos coletivos, como os sindicatos e partidos livres, abrindo a possibilidade de uma escolha política efetiva para os cidadãos.

Essa categoria de direitos, que corresponde à proteção contra intervenções ilegítimas, foi magistralmente defendida por Mill em sua obra *On Liberty*, em que apresenta o conflito existente entre governantes e governados, e sugere que a tirania social é um perigo latente nas nações

¹⁶⁰ Bovero, *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*, 2002, p. 46.

modernas e comerciais¹⁶¹. Ao utilizar a expressão “tirania da maioria”¹⁶², que toma de Tocqueville, Mill enfatiza que existe um limite para a intervenção legítima da coletividade na independência individual. O único princípio racional que governa a sociedade em relação ao indivíduo é o “princípio do dano”.

Esse princípio deve reger de modo absoluto as relações entre a sociedade e o indivíduo, especialmente no que diz respeito àquelas de compulsão e controle, seja através de penalidades ou de coerção moral pela opinião pública. Enfim, o único propósito para que o poder seja exercido corretamente é a prevenção de danos¹⁶³.

Se qualquer indivíduo comete um ato danoso a outros, há possibilidade de punição. Entretanto, naquilo que diz respeito apenas a ele, às ações que o afetem apenas, é de modo absoluto independente. Essa é a esfera individual de liberdade, compreendendo o domínio interior da consciência, o que requer liberdade de consciência, liberdade de pensamento, sentimento e opinião. Destas, é inseparável a liberdade de

¹⁶¹ Mill, embora defensor da liberdade e da diversidade de modos de vida individuais, admitia o despotismo como governo legítimo quando os governados são bárbaros (isto é, incapazes de avançarem por meio do exercício da liberdade de discussão) e os governantes buscam o desenvolvimento dos indivíduos (MILL, 1952a, p. 272). Nesse particular, Parekh (2006, p. 44, 45) critica o posicionamento de Mill, porquanto este, embora admita a existência de modos de vida diversos, não aceita a diversidade cultural, o que é evidenciado por sua defesa do despotismo, considerado de todo inadequado. A liberdade se expressa, para Parekh, na diversidade de culturas (ainda que consideradas “bárbaras”), e não apenas em modos de vida individuais em um mesmo contexto cultural.

¹⁶² Mill, *On Liberty*, 1952a, p. 269, tradução nossa.

¹⁶³ Ibidem, p. 271. Dworkin (1978, p. 261) ressalta que esse princípio tem uma esfera de aplicação restrita, por se referir apenas aos casos relativamente raros nos quais se pede a um governo que proíba algum ato pela única razão de que o ato é perigoso para quem o pratica, como dirigir uma motocicleta sem capacete. Ou pelo motivo de que o ato é ofensivo aos padrões morais da comunidade, como a prática da homossexualidade ou a publicação ou leitura de material pornográfico. Tais decisões constituem uma parte insignificante das ocupações de qualquer governo responsável. Seu princípio nada diz sobre o modo como o governo deve distribuir recursos escassos como renda, segurança ou poder, ou como deve decidir quando limitar a liberdade em nome de algum outro valor. Em relação às dificuldades de aplicação do princípio, ver nota adiante.

expressão, que precisa ser examinada ainda sob outra perspectiva, porquanto é pertinente também às relações entre indivíduos. Além disso, há a liberdade de gostos e buscas, de planejar a própria vida. Finalmente, da liberdade do indivíduo deflue a liberdade de indivíduos combinados, a saber, a liberdade de união para propósitos que não envolvam dano a outros¹⁶⁴.

Em Mill, portanto, a liberdade é negativa. Trata-se do pensar, sentir, expressar e mover sem impedimentos postos pela coletividade ou por outros indivíduos. A única limitação legítima dessa liberdade é aquela motivada pela prevenção de danos aos outros. “Ninguém – seja um indivíduo ou um governo – tem o direito de restringir a palavra, a publicação de idéias ou a conduta de alguém, a não ser para evitar que esse alguém cause dano a outra pessoa”¹⁶⁵. Somente a prevenção do dano justifica a intervenção na liberdade¹⁶⁶.

O princípio consagrado por Mill, conhecido como “princípio do dano a outros” ou apenas “princípio do dano”, opera como centro de sua doutrina e é a base de legitimação das normas penais nos países de fala inglesa, desempenhando um papel essencial desde o século XIX. Nos anos oitenta do século XX, o influente filósofo do direito americano, Joel Feinberg, esforçou-se para desenvolver o referido princípio¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Mill, *On Liberty*, 1952a, p. 271-273.

¹⁶⁵ Adams; Dyson, *Cinquenta pensadores políticos essenciais: da Grécia antiga aos dias atuais*, 2006, p. 117

¹⁶⁶ Comentando a teoria de Mill, Dworkin (1978, p. 263) salienta que as leis que restringem um homem pela suposição de que ele é incompetente para decidir o que é certo para ele, o ofendem profundamente. Tais leis o tornam subserviente intelectual e moralmente à maioria e negam a ele a independência à qual tem direito.

¹⁶⁷ Hirsch, *El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”*, 2007, p. 38-39. Defende Feinberg (1974, p. 46, 47) que a legitimidade da coerção social e política é verificada na medida em que esta impede males maiores do que aqueles provocados pela própria coerção. O dano, portanto, é o fundamento de legitimação da restrição da liberdade, sendo que o dano pode ser considerado como público ou privado. O princípio do dano público justificaria a restrição da liberdade de uma pessoa em razão da necessidade de impedir o enfraquecimento das instituições e do sistema normativo, ao

De seu turno, os direitos políticos, também compreendidos como forma de exercício da liberdade, como liberdade positiva ou “liberdade dos antigos”¹⁶⁸, refere-se ao direito de participação na vida política do Estado.

Silva¹⁶⁹ compreende como direitos políticos o conjunto de normas legais permanentes que possibilitam o exercício do direito democrático de participação do povo no governo, isto é, o conjunto de normas que regula a atuação da soberania popular. Esses direitos compõem a cidadania, sendo cidadãos os titulares de direitos políticos, e podem ser classificados como direitos políticos positivos ou negativos.

O conjunto de normas que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais são os direitos políticos positivos. Eles se referem às diversas modalidades de sufrágio, como: direito de voto nas eleições, de elegibilidade, de voto nos plebiscitos e referendos, de participação popular (exemplos: iniciativa popular e ação popular), e o direito de organizar e participar de partidos políticos¹⁷⁰. Esse último guarda estreita relação com o direito de reunião e associação.

Direitos políticos negativos consistem no conjunto de regras que negam ao cidadão esses direitos. O cidadão pode se ver privado de seus direitos políticos positivos de modo definitivo (perda, por exemplo: no caso de cancelamento da naturalização) ou temporário (suspensão, por exemplo: enquanto perdurarem os efeitos de sentença criminal transitada em julgado). Sob outra perspectiva, o cidadão pode ser qualificado pela inelegibilidade ou inalistabilidade. A primeira refere-se ao impedimento à

passo que o princípio do dano privado possibilita a restrição da liberdade em face de danos provocados a outros indivíduos. Segundo o filósofo norte-americano, Mill é o principal defensor do princípio do dano privado, embora entenda que “Mill fosse a favor de ambas as versões”.

¹⁶⁸ Constant, *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, 1985, p. 10, 11.

¹⁶⁹ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 345-348.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 349.

capacidade eleitoral passiva, ao direito de ser eleito, ao passo que a segunda diz respeito ao impedimento à capacidade eleitoral ativa, ao direito de ser eleitor¹⁷¹.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, de seu turno, são tradicionalmente referidos em conjunto. Isso porque todos esses direitos podem ser abrangidos por uma categoria maior, denominada como direitos sociais em sentido amplo. Esses dizem respeito à intervenção estatal na sociedade de modo a assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos o mínimo necessário para seu gozo.

Na categoria dos direitos econômicos são enquadrados, por exemplo, o direito ao trabalho em favoráveis condições (referentes à remuneração, higiene, iguais oportunidades de promoção, repouso), direito de organizar e participar de sindicatos e direito à seguridade social. Como direitos culturais, destacam-se o direito à educação, à participação da vida cultural e do progresso científico. Direitos sociais em sentido estrito seriam o direito à proteção da família e da saúde, bem como à garantia das condições básicas para subsistência, como moradia, vestuário, alimentação e lazer.

A respeito da relação entre direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, impende observar que os mesmos desempenham diferentes papéis em relação à atividade estatal. Se de um lado os direitos civis e sociais contribuem para a justiça do Estado (comutativa e distributiva), de outro, os direitos políticos conferem a ele legitimidade (procedimento e participação).

Os direitos de solidariedade dizem respeito à preservação dos interesses comuns da humanidade. São direitos relacionados não à esfera de liberdade individual ou a prestações positivas com vistas à efetivação da

¹⁷¹ Ibidem, p. 382-394.

dignidade de pessoas de um determinado lugar ou época, mas sim à manutenção das condições básicas para existência da humanidade.

Essa classe de direitos compreende, entre outros, o direito de viver em um meio ambiente saudável, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à proteção do patrimônio histórico e cultural, à paz, entre outros. Trata-se de uma categoria heterogênea, mas que envolve a proteção dos interesses que transcendem a presente geração.

Quanto à titularidade, os direitos fundamentais podem ser individuais, coletivos e difusos. A primeira categoria abrange os direitos de titularidade do indivíduo, entre os quais está o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à saúde, à moradia, à educação, ao lazer e de votar e ser votado. Os direitos coletivos são aqueles cuja titularidade é atribuída a um grupo, categoria ou classe de pessoas, as quais estão vinculadas por uma relação jurídica, a exemplo dos direitos trabalhistas relacionados a uma categoria profissional. Os direitos difusos são aqueles de titularidade indeterminada, como o direito à paz e segurança pública, direitos relacionados à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, às relações de consumo, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, às pessoas portadoras de deficiência, entre outros¹⁷².

A esse respeito, vale destacar que não se pode confundir direitos sociais, que são direitos que encontram seu fundamento e função na proteção de pessoas em situações sociais concretas, com direitos coletivos ou difusos, que são direitos de titularidade de grupos e indeterminada,

¹⁷² É seguida aqui a conceituação contida no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8078 de 1990: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

respectivamente. Na verdade, os direitos sociais são direitos sempre referidos, em primeira linha, ao indivíduo, uma vez que visam à preservação da dignidade da pessoa humana, mas que podem também apresentar a faceta coletiva¹⁷³.

Quanto às posições jurídicas, tem-se como paradigma a teoria do status, de Jellinek. Segundo ele, os direitos fundamentais podem pertencer ao status passivo (*status subiectionis*), ao status negativo (*status libertatis*), ao status positivo (*status civitatis*) e ao status ativo (status da cidadania ativa). Jellinek define status como uma forma de relação entre cidadão e Estado¹⁷⁴.

No status passivo encontra-se o indivíduo em razão de sua sujeição ao Estado no campo da esfera de obrigações individuais. Estar em um status passivo significa se encontrar em uma posição caracterizada por deveres e proibições. Isto é, o indivíduo encontra-se em um estado de sujeição¹⁷⁵.

Quanto ao status negativo, Jellinek explica que ao membro do Estado é concedida uma esfera (espaço ou campo) individual de liberdade no qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo. Essa esfera é a classe das ações dos súditos que são juridicamente irrelevantes para o Estado, que são promovidas a partir do exercício da faculdade jurídica¹⁷⁶.

No status positivo está inserido o indivíduo sempre que o Estado a ele reconhece a capacidade jurídica para recorrer a seu aparato e instituições. Esse status faz que o Estado garanta ao indivíduo pretensões positivas de modo que, de um lado, o indivíduo tenha direitos a algo em face do Estado e tenha uma competência para vê-los efetivados; de outro,

¹⁷³ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 216-218.

¹⁷⁴ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 255.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 256-257.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 258-261.

que ao direito do indivíduo corresponda o dever do Estado de realizar essa ação¹⁷⁷.

Finalmente, o que o dever e a obrigação representam para o status passivo, que a faculdade representa para o status negativo e que direitos a algo representam para o status positivo, o conceito de competência representa para o status ativo. Segundo Jellinek, competências são aquelas capacidades que estão além da liberdade natural, sendo que participam desse status somente aquelas competências que tenham como objetivo uma participação na formação da vontade estatal, a exemplo do direito de votar¹⁷⁸.

Quanto ao surgimento histórico dos direitos fundamentais, menciona-se a teoria das gerações de direitos. Propõem seus defensores que os direitos humanos fundamentais são direitos históricos, reivindicados e positivados em função das necessidades de seu contexto.

Bobbio¹⁷⁹ entende que os direitos humanos fundamentais foram afirmados, em um primeiro momento, como direitos de liberdade, tendo Locke como o seu “campeão”. Estes direitos são aqueles que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo ou para grupos particulares uma esfera de liberdade em relação ao Estado. Num segundo momento, foram proclamados os direitos políticos, que concebem a liberdade não apenas negativamente, mas positivamente, tendo como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros da comunidade no poder político (liberdade no Estado). São os direitos de primeira geração.

Constituindo uma expressão do amadurecimento de novas exigências, a exemplo do bem-estar e da igualdade material, são defendidos os direitos econômicos, sociais e culturais (liberdade através ou por meio

¹⁷⁷ Ibidem, p. 263-265.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 268-269.

¹⁷⁹ Bobbio, *A era dos direitos*, 1992, p. 32-33.

do Estado), denominados como direitos de segunda geração. Entre eles menciona-se a proteção do trabalho, a instrução básica, e a assistência ao inválido e ao idoso¹⁸⁰.

Ainda conforme o ensino do jurista italiano, ao lado destes direitos emergiram os direitos de terceira geração, relacionados aos problemas ecológicos (isto é, o direito de viver num ambiente não poluído), e os de quarta geração, referentes aos efeitos da pesquisa biológica¹⁸¹.

Nessa mesma corrente, Vasak¹⁸² ex-Diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO, refletindo sobre o processo da internacionalização de direitos e sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, defende que a Declaração proclamou as duas primeiras gerações de direitos: de um lado, os direitos civis e políticos; de outro, os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos haviam sido reconhecidos anteriormente, sendo que a Declaração contribuiu para a consagração dos mesmos no plano do direito internacional.

Entretanto, outros direitos foram sendo reconhecidos em sede constitucional e de direito internacional ao longo dos anos seguintes. Em razão das alterações nos padrões sociais, observou-se, desde a década de 70, o surgimento de uma terceira geração de direitos, relacionados à solidariedade, que incluem o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente balanceado, direito à paz, à propriedade da herança comum da humanidade, entre outros de caráter coletivo¹⁸³.

A particular contribuição de Vasak, no entanto, não se encontra no reconhecimento das gerações. Seu pioneirismo está em relacionar as gerações de direitos com o lema revolucionário francês. Segundo

¹⁸⁰ Ibidem, p. 5.

¹⁸¹ Ibidem, p. 6.

¹⁸² Vasak, *A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, 1977, p. 29.

¹⁸³ Ibidem, p. 29.

Morales¹⁸⁴, professora da Universidade de Leuven (Bélgica), durante uma palestra em comemoração ao trigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1978, Vasak refletiu sobre a relação entre solidariedade e fraternidade, apresentando uma nova concepção da realização dos direitos essenciais ao ser humano por meio da defesa de direitos de solidariedade, inspirando-se na Revolução Francesa. Nesta, o termo “fraternidade” significou o reconhecimento de uma área comum pertencente aos membros da comunidade. Diante disso, Vasak sugere uma nova classificação dos direitos: a primeira geração de direitos (civis e políticos) correspondendo à liberdade (*liberté*); a segunda geração de direitos (econômicos, sociais e culturais) à igualdade (*égalité*); e, a terceira geração, os direitos de solidariedade, correspondentes ao princípio da fraternidade (*fraternité*). Essa relação entre as gerações de direitos e os pilares da Revolução Francesa tornou-se paradigmática no âmbito das reflexões sobre os direitos humanos fundamentais.

Ainda a respeito do critério histórico, pode-se mencionar a tese de T. H. Marshall relacionada à consagração desses direitos na Inglaterra. Sob uma perspectiva sociológica, Marshall assegura que os direitos fundamentais foram reconhecidos na Inglaterra observando-se a seguinte sequência: as liberdades civis vieram primeiro, garantidas por um Judiciário cada vez mais independente do Executivo; com base no exercício das liberdades, expandiram-se os direitos políticos consolidados pelos partidos e pelo Legislativo; finalmente, pela ação dos partidos e do Congresso, votaram-se os direitos sociais, postos em prática pelo Executivo¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Morales, *UNESCO's Philosophy of “intellectual and moral solidarity” in attaining peace*, 2010.

¹⁸⁵ Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 2002, p. 220. No entanto, segundo Carvalho (2002, p. 219), essa lógica foi invertida no Brasil. A expansão dos direitos sociais ocorreu primeiro, na década de 30, por influência do Positivismo. Os direitos

Sob a perspectiva jurídico-positiva da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é adotado mais de um critério para a sistematização dos direitos fundamentais. No Capítulo I do Título II, o critério é o da titularidade (individuais e coletivos), enquanto que os Capítulos II a IV utilizam o critério do conteúdo (direitos sociais e políticos).

De todo modo, a Constituição reconhece a existência de direitos fundamentais de primeira geração (direitos civis e políticos; direitos de liberdade; direitos do status negativo e do status ativo), direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais; direitos preponderantemente do status positivo) e direitos de terceira geração (direitos de solidariedade; posições de diferentes status, especialmente negativo e positivo), sejam eles de titularidade individual, coletiva ou difusa.

2.3 Estrutura normativa

Apresentados o conceito e a classificação dos direitos fundamentais, sob as perspectivas teórico-jurídica e jurídico-positiva (na Constituição brasileira de 1988), segue-se com o exame da estrutura das normas definidoras de direitos fundamentais, principiando pela diferenciação entre enunciado normativo, norma e direito.

políticos vieram posteriormente, entre os anos 1945 e 1964. Finalmente os direitos civis, de 1985 em diante. Entretanto, cumpre ressaltar que a tese de José Murilo de Carvalho considera os direitos fundamentais sob a perspectiva da efetividade, e não da positivação. No último caso, verifica-se que desde a Constituição Imperial de 1824 havia positivação de direitos civis e políticos, ainda que de modo limitado.

2.3.1 Enunciado normativo, norma e direito

Para melhor compreensão do modo como os direitos fundamentais são positivados em sede constitucional, é imperioso examinar os conceitos de enunciado normativo, norma e direito. Embora estejam estreitamente conectados, são conceitos distinguíveis.

De acordo com Alexy¹⁸⁶, embora a cada direito corresponda uma norma, tenha esta a estrutura de princípio ou de regra, nem sempre a uma norma corresponderá apenas um direito, pois diferentes direitos podem ser extraídos de uma norma. Além disso, esta pode ser prevista textualmente de diferentes modos. Em síntese, o significado do enunciado normativo configura as normas e estas, por sua vez, definem os direitos.

Utiliza-se o autor de um exemplo da Constituição alemã. O artigo 16, §2º, 1 prevê que “nenhum alemão pode ser extraditado”. Esse enunciado tem como significado a vedação da extradição de alemães, sendo essa a norma expressada por aquele. Entretanto, a norma poderia ser expressa de diferentes modos, por exemplo, “é proibido extraditar alemães”, ou “alemães não podem ser extraditados”, ou ainda “alemães não serão extraditados”. Isso faz com que o conceito de norma seja diferente do enunciado normativo, sendo que a compreensão das normas deve ser buscada no nível das normas, e não dos enunciados normativos. Naquele nível, as modalidades deônticas básicas que auxiliam a compreensão são o dever, a proibição e a permissão, ou em síntese, o “dever-ser”¹⁸⁷.

Ávila¹⁸⁸ também examina a matéria. O autor brasileiro afasta-se de Alexy ao defender que são três, e não dois, os tipos de normas, a saber, as

¹⁸⁶ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 50-55.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 54-56.

¹⁸⁸ Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009, p. 30.

regras, os princípios e os postulados¹⁸⁹. Contudo, assemelha-se a ele ao diferenciar as normas do texto normativo. Isso porque as normas não são textos nem o conjunto deles. Antes, são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, de modo que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.

Para Ávila¹⁹⁰ o importante é que não existe correspondência entre as normas e o dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo específico que lhe sirva de suporte. Um exemplo disso encontra-se no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, quando prevê a “proteção de Deus”, pois não há norma a ser construída a partir do referido enunciado¹⁹¹. No mesmo sentido a “Exposição de Motivos”, de cujo texto não é construída norma alguma. Além desses, menciona-se também o princípio da segurança jurídica, não previsto em nenhum dispositivo específico.

Quanto à interpretação do texto normativo, acrescenta Ávila¹⁹² que não se trata apenas de um ato de descrição de um significado previamente dado, mas de uma decisão que constitui a significação e os sentidos do texto. Por isso é que se fala em construção da norma a partir do dispositivo, e não descrição. Para o autor, o intérprete constrói os sentidos, porquanto a

¹⁸⁹ Para Ávila (2009, p. 122), os postulados “são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau”. Entre estas, destaca o autor a ponderação de bens, a concordância prática, a proibição de excesso, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

¹⁹⁰ Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009, p. 30.

¹⁹¹ A esse respeito: “Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa” (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/03).

¹⁹² Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009, p. 31-32.

linguagem nunca é algo dado previamente, mas algo que se concretiza no uso, ou melhor, como uso.

Uma vez que as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, não se pode concluir que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa é construída pelo intérprete, o que, todavia, não significa que este é plenamente livre nesse processo. Isso porque o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. E esses pontos de partida não podem ser desprezados¹⁹³.

Na Constituição brasileira, os enunciados que expressam as normas de direitos fundamentais concentram-se especialmente no seu Título II. Dessas normas são extraídos ou construídos os direitos fundamentais, classificados como: direitos individuais e coletivos (artigo 5º); direitos sociais (artigos 6º a 11); e, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (artigos 12 a 43).

Dos dispositivos que definem direitos individuais e coletivos são extraídos direitos como o direito à vida, à privacidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, direitos assegurados tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país¹⁹⁴. Entre os direitos sociais estão

¹⁹³ Ibidem, p. 34-35.

¹⁹⁴ Sobre a extensão desses direitos aos estrangeiros não residentes no país: “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso País não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as

previstos direitos relativos aos trabalhadores, à seguridade, à educação e cultura, ao meio ambiente e os direitos da criança e do idoso. Finalmente, na última categoria, há o direito à nacionalidade brasileira, os direitos do estrangeiro, os direitos políticos e a regulação político-partidária.

Apresentada essa distinção entre direitos, normas e textos normativos, é importante expor ainda outra distinção, aquela entre princípios e regras.

2.3.2 Conceito e estrutura das normas de direitos fundamentais

Foi dito anteriormente que direitos fundamentais são entendidos como os direitos que protegem as necessidades essenciais do ser humano. Há quem considere como direitos fundamentais somente aqueles relacionados à dignidade da pessoa como liberdade formal (liberalismo). Outros defendem uma perspectiva mais abrangente, incluindo a liberdade real, devendo ser garantidas as condições materiais para que seja de fato possível a liberdade (tradição social).

Alexy, no entanto, advoga a tese de que não se deve vincular os direitos fundamentais e as normas que os definem a perspectivas previamente concebidas. Isso porque não há consenso a respeito de qual posição é adotada pelo Constituinte. Um conceito formal e geral é o mais adequado para o estudo dogmático dos direitos fundamentais. Entende o autor que as normas de direitos fundamentais podem ser conceituadas como aquelas normas que são expressas por disposições de direitos

prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.” (STF, Habeas Corpus n. 94.016, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 27-2-2009). No mesmo sentido: STF, Habeas Corpus n. 102.041, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, *DJE* de 20-8-2010; STF, Habeas Corpus n. 94.404, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, *DJE* de 18-6-2010.

fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição como tais¹⁹⁵.

Alexy relaciona dois critérios para distinguir as normas de direitos fundamentais das demais normas previstas na Constituição. Ao examinar a Constituição alemã, defende os direitos fundamentais como posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples¹⁹⁶. Observa-se, portanto, que a importância e a forma de positivação são a idéia-guia que orienta a compreensão de direitos fundamentais.

Na Constituição alemã, disposições de direitos fundamentais são aquelas contidas nos artigos 1º a 19, 20 §4º, 33, 38, 101, 103 e 104. Normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições¹⁹⁷. No Brasil, as normas de direitos fundamentais são aquelas extraídas especialmente dos dispositivos constantes do Título II da Constituição, havendo outros dispersos no texto constitucional ou fora dele, mas pela Constituição reconhecidos.

Em relação à estrutura, essas normas de direitos fundamentais podem assumir a configuração de princípio ou de regra. Tradicionalmente, princípios e regras são distinguidos em função do grau de abstração das normas que os definem.

Na lição do filósofo do direito inglês Hart, em obra de 1961, os princípios são, relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos. As regras, portanto, são mais específicas, com menor grau de abstração e maior grau de determinabilidade. Além disso, os princípios também se referem a uma certa finalidade ou valor que se deseja preservar, contribuindo para a fundamentação lógica e justificação das regras¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 65-68.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 446.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 68-69.

¹⁹⁸ Hart, *O conceito de direito*, 2007, p. 322.

Dworkin, afastando-se da distinção de grau (em sua crítica ao positivismo jurídico de Hart), defende que a diferença entre princípios e regras é de caráter lógico. Ambos os *standards* apontam para uma decisão particular a respeito de uma obrigação legal em dadas circunstâncias, mas se diferem no caráter da direção que implementam¹⁹⁹. No caso das regras:

Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision [...]. The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule²⁰⁰.

Observa-se, então, que, no modelo das regras, preenchidas as condições fixadas pela norma, a consequência jurídica é necessária, salvo nos casos de exceções previstas. A única possibilidade de não aplicação das consequências é o caso de invalidade da norma. Portanto, ou a regra é válida e suas consequências são necessárias, ou a regra é inválida, não se falando em consequências.

Entretanto, os princípios não operam dessa forma. Eles não prevêem consequências para o caso de preenchimento de condições. Mais que isso. Os princípios não estabelecem condições para consequências normativas, não determinando de modo absoluto a decisão, isto é, não requerem uma decisão particular. Antes, os princípios estabelecem uma

¹⁹⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 24.

²⁰⁰ “Regras são aplicáveis na forma de tudo-ou-nada. Se o fato que a regra estipula acontece, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela determina deve ser aceita, ou ela não é considerada válida, caso em que não contribui para a decisão [...]. A regra pode ter exceções, mas se ela tiver, então é imprecisa e incompleta qualquer descrição que não as leve em consideração, enumerando-as. Na teoria, ao menos, as exceções podem todas ser listadas, e quanto mais completa for a lista, mais completa é a descrição da regra” (DWORKIN, 1978, p. 24-25, *tradução nossa*).

razão, um fundamento que aponta para uma direção. Um princípio jurídico é aquele que, quando pertinente, contribui para inclinar a decisão para uma ou outra direção²⁰¹. Além disso, os princípios não operam sob a lógica do “*all-or-nothing*”, mas na dimensão do peso.

Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example) one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each²⁰².

A relação entre princípios na dimensão do peso significa que, mesmo havendo a utilização de um princípio para a fundamentação de uma decisão, a validade de outros que estejam em intersecção com ele não é retirada. Ocorre apenas a atribuição de maior importância a um princípio do que a outro, em um caso específico, em função de suas particularidades²⁰³.

Como visto, no caso de conflito de regras, não é possível que uma se sobreponha a outra em virtude de eventual maior peso ou importância.

²⁰¹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 25-26.

²⁰² “Princípios tem uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios estão em intersecção (a política de proteção aos consumidores de automóveis em intersecção com os princípios de liberdade contratual, por exemplo), a decisão sobre o conflito deve levar em consideração o peso relativo de cada um” (DWORKIN, 1978, p. 26, *tradução nossa*).

²⁰³ Exemplo de colisão entre princípios definidores de direitos fundamentais: “Agravos Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao *Shabat*. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. Pendência de julgamento da ADI 391 e da ADI 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade.” (STF, Suspensão de Tutela Antecipada 389-AgR, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2009, Plenário, DJE de 14-5-2010).

Se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser considerada válida (“*all-or-nothing*”), sendo que a decisão sobre a validade precisa apelar para considerações que estão além dessas regras em jogo. O sistema deve conter outras regras que regulam os conflitos, por exemplo: a prevalência das regras promulgadas por autoridade superior, ou posteriormente, ou das regras mais específicas²⁰⁴.

Nesse sentido, o filósofo do direito norte-americano, ao propor uma diferenciação que leva em consideração o modo de aplicação e o relacionamento normativo (critérios classificatórios, de ordem lógica), distancia as duas espécies normativas. Por essa razão, a distinção de Hart pode ser considerada fraca, ao passo que a de Dworkin, forte, o que representa um marco na evolução doutrinária relacionada à estrutura das normas. E, partindo de suas considerações, na doutrina alemã, Alexy precisou ainda mais o conceito de princípio²⁰⁵.

Ao enfrentar a matéria, Alexy expõe que as disposições, os enunciados normativos de direitos fundamentais têm um caráter duplo, pois deles podem ser extraídos normas com natureza de regras e de princípios. Entretanto, isso não significa que as normas de direitos fundamentais compartilhem necessariamente desse mesmo caráter duplo. De início, elas são regras ou princípios. Contudo, essas normas podem adquirir um caráter duplo se forem construídas de modo que os dois níveis sejam reunidos nelas²⁰⁶.

A respeito da diferença entre princípios e regras, Alexy²⁰⁷ advoga que princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; são mandamentos de

²⁰⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, p. 27.

²⁰⁵ Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009, p. 36-39.

²⁰⁶ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 141.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 90-91.

otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a mediada devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. A seu turno, as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, contendo, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Enfim, princípios são definidos como mandamentos de otimização e as regras como normas que sempre ou são satisfeitas ou não o são.

Essa diferenciação mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e regras. Um conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto a colisão entre princípios (e somente princípios válidos podem colidir) ocorre na dimensão do peso. Desse modo, se isoladamente considerados dois princípios conduzirem a resultados contraditórios entre si, ainda assim nenhuma dessas normas será inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra. A solução é encontrada no sopesamento, verificando-se qual conduta a ser praticada satisfaz na maior medida possível os princípios em jogo. Isso não ocorre, porém, com as regras. Para estas, a solução é dada por meio da inclusão de uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou pela declaração de invalidade de uma das regras, não havendo sopesamento²⁰⁸.

Isso é denominado por Alexy como a “lei de colisão”, sendo considerada um dos fundamentos de sua teoria dos princípios. A lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, confirmando a inexistência de relação absoluta de precedência entre princípios. Vale destacar também que Alexy afasta a possibilidade de arbitrariedade quando da realização do sopesamento, tendo em vista que o seu resultado é a formação de uma norma que tem estrutura de uma regra, com natureza de

²⁰⁸ Ibidem, 2008, p. 92-103.

direito fundamental (por atribuição), aplicável definitivamente em outros casos se o suporte fático for o mesmo²⁰⁹.

Pelas razões expostas, Alexy conclui que há um distinto caráter *prima facie* dos princípios e das regras. Uma vez que os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, eles não contêm mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*. De seu turno, as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, contendo uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas²¹⁰.

Entre nós, Ávila também examina a estrutura das normas de direitos fundamentais, propondo três critérios de distinção entre princípios e regras, a saber: a natureza do comportamento prescrito, a natureza da justificação exigida e a medida de contribuição para a decisão.

De acordo com o autor²¹¹, o primeiro critério distintivo relaciona-se à natureza do comportamento prescrito. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, pois estabelecem obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, uma vez que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. “Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”²¹².

²⁰⁹ Ibidem, p. 102.

²¹⁰ Ibidem, p. 103-104.

²¹¹ Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2009, p. 71.

²¹² Ibidem, p. 71.

Para melhor compreensão do que seja “estado de coisas”, Ávila²¹³ define este como uma situação caracterizada por específicas qualidades, sendo que o estado de coisas se transforma em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir as qualidades presentes na referida situação. Exemplo mencionado pelo autor é o princípio do Estado de Direito, que estabelece uma situação caracterizada pela existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário.

Desse modo, os princípios, por estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização, sendo verdadeiras “normas-do-que-deve-ser”. A seu turno, as regras são definidas como normas mediatamente finalísticas, isto é, que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem maior exatidão qual o comportamento devido. Por isso são “normas-do-que-fazer”²¹⁴.

O segundo critério mencionado por Ávila refere-se à natureza da justificação exigida. No caso das regras, como há maior determinação do comportamento em razão do carácter descritivo do enunciado prescritivo, o aplicador deve argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte. Nesse caso, é irrelevante a previsão sobre um estado futuro de coisas, dizendo-se, por essa razão, que as regras possuem, em vez de um elemento finalístico, um elemento descritivo. Demonstrada a

²¹³ Ibidem, p. 71.

²¹⁴ Ibidem, p. 72.

correspondência, o ônus argumentativo é menor, na medida em que a descrição normativa serve, por si só, como justificação. Se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, não se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. São esses os chamados casos difíceis. Exemplo disso é a hipotética regra de proibição de entrada de animais em táxi sob pena de multa: se o animal for um cão–guia de um passageiro cego, a multa poderá deixar de ser aplicada diante de uma ponderação de razões, quais sejam, segurança no trânsito e liberdade de locomoção²¹⁵.

Em se tratando dos princípios, o elemento finalístico recebe precedência em relação ao descritivo, devendo o aplicador argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta e a realização do estado de coisas requerido. Não há casos fáceis ou difíceis, porquanto não se trata de demonstração de correspondência; o ônus argumentativo estável²¹⁶.

O terceiro critério é aquele da medida de contribuição para a decisão. Segundo Ávila²¹⁷, as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes, pois, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões. Exemplo dessa característica pode ser construído a partir do dispositivo que exclui a competência das pessoas políticas para instituir impostos sobre livros, jornais e periódicos (art. 150, VI, “d”, CF) e que predetermina quais são os objetos que são preliminarmente afastados do poder de tributar, podendo ser enquadrados, nesse aspecto relativo à exclusão de poder, na espécie de regras. Nesse sentido, possui a pretensão de determinar que somente os livros, os jornais

²¹⁵ Ibidem, p. 73-74.

²¹⁶ Ibidem, p. 74-75.

²¹⁷ Ibidem, p. 76-77.

e os periódicos não podem ser objeto de tributação, afastando, de antemão, quaisquer dúvidas quanto à inclusão de outros objetos, como quadros ou estátuas no seu âmbito de aplicação.

Nesse caso, a regra pode ser extraída do dispositivo tendo em vista a limitação dos objetos feitas pelo constituinte. Entretanto, caso fosse estabelecido que “ficariam excluídos da tributação todos os objetos que fossem necessários à manifestação da liberdade de manifestação do pensamento ou da arte”²¹⁸, uma vez que haveria abertura normativa, tratar-se-ia de um puro princípio, porquanto estaria traçada apenas uma diretriz valorativa a ser atingida. É certo, contudo, que um princípio também pode ser construído a partir da referida prescrição, o da liberdade de manifestação do pensamento

Diversamente, os princípios estão entrelaçados. Eles estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Além disso, os princípios possuem pretensão de complementaridade, pois não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão, a exemplo do princípio da proteção dos consumidores, que não tem pretensão monopolista, no sentido de prescrever todas e quaisquer medidas de proteção aos consumidores, mas aquelas que possam ser harmonizadas com outras medidas necessárias à promoção de outros fins, como livre iniciativa e propriedade²¹⁹.

Em síntese, as regras são definidas como:

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção

²¹⁸ Ibidem, p. 77.

²¹⁹ Ibidem, p. 76-77.

conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos²²⁰.

A seu turno, os princípios são considerados como:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²²¹.

A doutrina elaborada por Ávila parte da crítica aos critérios de distinção entre princípios e regras formulados pelos autores anteriores. Ele identifica a existência de ao menos três critérios de distinção: o do caráter hipotético-dedutivo, do modo final de aplicação e do relacionamento normativo. O primeiro baseia-se no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a ação, sendo aplicadas ao modo “se, então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado. O segundo critério trata das dimensões de aplicação de regras e princípios, isto é, que as regras observam o modo “tudo-ou-nada”, e os princípios o modo gradual (“mais ou menos”). O terceiro critério, o do relacionamento ou conflito normativo, se fundamenta no pressuposto de que, havendo conflito entre regras, a solução se dá no plano da validade ou com a criação de exceções, ao passo que a ponderação orienta o confronto entre princípios (peso)²²².

A crítica de Ávila ao primeiro critério, utilizado tanto por Dworkin quanto por Alexy, reside no fato de que considera haver uma confusão entre dispositivo e norma, uma vez que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, portanto, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. Para ele, princípios também

²²⁰ Ibidem, p. 78.

²²¹ Ibidem, p. 78-79.

²²² Ibidem, p. 39.

podem ser formulados de modo hipotético-condicional, por exemplo, o princípio democrático pode ser descrito como “se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática”. Desse modo, a formulação de um enunciado de modo hipotético-condicional não significa necessariamente que é um princípio ou uma regra. De um mesmo enunciado podem ser extraídos princípios e regras, uma vez que pode haver referência a fins e a descrição de condutas, simultaneamente, por exemplo: “se houver instituição ou aumento de tributo, então a instituição ou aumento deve ser veiculado por lei” pode ser aplicado como regra (o aplicador o entende como mera exigência de lei formal para a validade do aumento) e como princípio (o aplicador verifica a referência aos valores liberdade para permitir o planejamento tributário e vedar a analogia, e segurança, para garantir a previsibilidade da determinação legal)²²³.

Acertada é a posição de Ávila. Isso porque, se os enunciados, como visto anteriormente, podem ser elaborados de diferentes formas, seja como uma afirmação ou com caráter hipotético-dedutivo, isso significa que a estrutura lingüística do enunciado não pode ser critério para distinção entre as normas. Tanto princípios quanto regras podem ser extraídos de enunciados hipotético-dedutivos, e também podem ser formulados em termos hipotético-dedutivos.

Em relação ao critério do modo final de aplicação, Ávila propõe que: em primeiro lugar, o modo de aplicação de uma norma não diz respeito a seu aspecto estrutural; em segundo lugar, a diferença quanto à aplicação, se de modo absoluto (tudo-ou-nada) ou relativo (dimensão do peso), não se presta para diferenciar regras de princípios, pois as duas espécies normativas (e não apenas os princípios) são caracterizadas por certo grau de vagueza ou abstração, o que requer a consideração de questões que não estão previstas na própria norma (por exemplo, para a

²²³ Ibidem, p. 40-43.

definição de seu sentido), de modo que “não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação”; em terceiro lugar, afirma o autor que a vagueza, que afasta a aplicação “tudo-ou-nada”, não é característica exclusiva dos princípios, mas dos próprios enunciados normativos em geral, dos quais são extraídas também as regras²²⁴.

Nesse sentido, defende o autor que tanto para a aplicação de regras quanto de princípios podem ser levadas em consideração situações particulares não previstas na norma. Utiliza, entre outros, o seguinte exemplo:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal [217-A, após a reforma], ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstâncias particulares não previstas pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*²²⁵.

O exemplo, todavia, parece infeliz. O caso apresentado por Ávila para justificar a tese de que a aplicação das regras não observa o procedimento do “tudo-ou-nada”, ou seja, que o aplicador pode levar em consideração circunstâncias concretas e individuais não previstas na norma,

²²⁴ Ibidem, p. 47-48.

²²⁵ Ibidem, p. 45.

não aponta a existência dessa relativização judicial do caráter absoluto da regra. Apesar de o autor afirmar o contrário (“a norma não prevê qualquer exceção”), trata-se de caso de exceção à regra prevista. Isso porque o próprio Código Penal, por meio da regra contida no artigo 20, §1º (descriminante putativa), reconhece que “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Nesse sentido, nota-se que a própria decisão do STF indica ter havido “aquiescência da vítima” e “aparência física e mental de pessoa mais velha”. Portanto, não há que se falar em consideração de circunstâncias particulares não previstas, uma vez que a Parte Geral do Código Penal estabelece os parâmetros para a aplicação dos tipos penais, ou seja, para a consideração das circunstâncias particulares. É possível valer-se ainda, na aplicação de diversas normas, da previsão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova epígrafe atribuída à Lei n. 4. 657 de 1942 pela Lei n. 12.376 de 2010), ao determinar que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, que consiste em exceção para aplicação de diversas regras.

Além disso, o próprio autor relativiza sua crítica ao ressaltar que “a afirmação de que as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* só tem sentido quando todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”²²⁶. Isso dá a entender que, após solucionados os problemas interpretativos, as regras são aplicadas de modo “tudo-ou-nada”. Desse modo, uma vez fixado o sentido da norma, identificadas as exceções e reconhecida sua validade, dado o fato previsto, a consequência jurídica é necessária, o que não ocorre com os princípios, por não preverem consequências jurídicas específicas. Nessa direção, conclui-se que as regras são diferentes dos princípios a partir do

²²⁶ Ibidem, p. 47.

critério “modo de aplicação”, ainda que isso não esclareça suas diferenças estruturais.

Menciona ainda Ávila que as teses de Dworkin e Alexy relacionadas à aplicação das regras, cada um a seu modo (mas, basicamente, a concepção do “tudo ou nada”), não são plausíveis em razão da possibilidade de casos em que, mesmo não tendo sido satisfeitas as condições fixadas por uma regra, suas conseqüências jurídicas podem ser aplicadas. Entende ser o caso da analogia²²⁷.

No entanto, a analogia não é procedimento especificamente destinado à aplicação de normas, mas sim para integração de lacunas no ordenamento. Ela não se presta para possibilitar a aplicação de uma conseqüência sem a existência de norma que a preveja, mas sim para a ampliação do sentido de uma norma para abranger casos semelhantes. Segundo Bobbio, a analogia é um recurso de auto-integração do ordenamento que possibilita a extensão da disciplina de uma norma a um caso que, embora não expressamente previsto, apresente a mesma *ratio legis*. Trata-se de um “recurso de auto-integração” porque o próprio ordenamento prevê a possibilidade dessa extensão lógica da disciplina²²⁸. No caso brasileiro, o artigo 4º da Lei n. 4. 657 de 1942 prevê a possibilidade do uso do raciocínio analógico. Desse modo, utilizada a analogia, são consideradas como preenchidas as condições exigidas pela regra para a aplicação de sua conseqüência.

Em continuidade, quanto à vagueza ou grau de abstração das normas (como aquele proposto por Hart), diferentemente do autor, entende-se que o mesmo contribui para a diferenciação entre princípios e regras, caso seja compreendido como amplitude da previsão normativa. Isto é, se os princípios prescrevem um estado de coisas e as regras descrevem

²²⁷ Ibidem, p. 50.

²²⁸ Bobbio, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, 1995, p. 214-220.

condutas específicas, entende-se que, estruturalmente, são distintas as normas quanto à amplitude de sua previsão (pois estado de coisas apontado em normas finalísticas é mais abrangente que comportamentos determinados em normas descritivas).

Em relação ao critério do conflito normativo, Ávila retoma as idéias de Dworkin e Alexy referentes ao tema, as quais, no tocante aos princípios, referem-se à dimensão de peso e à ponderação, respectivamente, para então apresentar sua crítica.

Para o autor brasileiro, não é apropriado que a ponderação seja considerada como método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuam uma dimensão de peso. Para ele, a ponderação ou consideração do peso das normas não é método privativo de aplicação dos princípios. Isso porque, em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas.

Menciona um exemplo do Código de Ética Médica, em que é previsto o dever do médico de dizer ao paciente toda a verdade sobre sua doença, e também o dever de utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Nesse caso, defende Ávila, ocorre sopesamento de razões. No entanto, não procede sua crítica ao critério do conflito normativo, especialmente na versão de Alexy.

Em primeiro lugar, para o autor alemão, a ponderação não é simplesmente método para sopesamento de razões e contra-razões que culmina com a decisão de interpretação, mas sim sopesamento no plano normativo, que, após realizado, dá origem a uma nova norma com caráter de regra.

No tocante aos princípios, por não preverem condutas específicas a serem adotadas e por serem dotados de elevada complexidade (definem um estado de coisas a ser perseguido, o que é compreendido por um conjunto

de elementos), admite-se maior flexibilização de seus limites, embora não de modo arbitrário, uma vez que o balizamento se um princípio deve ocorrer por meio da consideração de outros princípios pertinentes. Esse procedimento faz com que as próprias normas sejam sopesadas, e não apenas suas razões. No caso das regras, não ocorre essa flexibilização, mas sim apenas consideração de exceções. Sua rigidez é mantida, mas sua aplicabilidade é afastada nos casos excepcionais admitidos pelo próprio ordenamento.

De fato, a atividade interpretativa envolve sempre sopesamento de razões, seja para a definição de uma regra ou princípio a partir de um enunciado. No entanto, a atividade aplicativa da norma pode não admitir o sopesamento, como é o caso das regras. De um lado, os fatos não compreendidos pelo âmbito de sentido de uma regra (no caso de analogia, há ampliação de tal âmbito) fazem com a disciplina prevista reste inaplicável. De outro, os fatos que preenchem as condições previstas, ressalvadas as exceções, demandam a aplicação da consequência jurídica. Não há, pois, sopesamento, mas subsunção do fato à norma.

Em segundo lugar, em relação ao exemplo utilizado do Código de Ética Médica, não se trata de conflito de regras. De fato, o enunciado que prescreve o dever de dizer a verdade ao paciente pode ser compreendido como uma regra (pois determina um comportamento específico de modo imediato), mas também como um princípio (honestidade, transparência). Quanto ao segundo enunciado, que prescreve o dever de utilização de todos os meios disponíveis para curar o paciente não pode prestar-se para a definição de uma regra, uma vez que estabelece um estado de coisas, uma finalidade, a saúde do paciente.

Nesse caso, temos dois princípios em colisão, os quais, após a ponderação, resultam em uma norma com caráter de regra. Esta poderia ter o seguinte conteúdo: “o médico tem o dever de dizer a verdade ao paciente,

a não ser que dizer a verdade sobre a doença diminua consideravelmente as chances de cura”. O interessante é que a mesma colisão principiológica poderia dar origem a norma diversa: “o médico tem o dever de buscar meios para a cura do paciente, desde que não oculte fatos ou minta”. Como resolver o impasse? Isso é feito no momento da interpretação, atribuindo-se maior peso a uma ou outra razão (por exemplo: grau de perigo que a verdade pode acarretar, necessidade de o paciente conhecer os perigos que enfrenta para planejar seu futuro, etc.). Um dos parâmetros que poderia ser utilizado para a escolha das melhores razões é o critério da utilidade ou bem maior, embora isso ainda não torne o processo de interpretação puramente objetivo.

Do exposto, conclui-se que, na definição das normas (interpretação), ocorre a consideração do peso das razões e contra-razões, a ponderação de razões, em função da vagueza dos enunciados normativos, e isso em relação tanto às regras (que descrevem de modo imediato comportamentos) quanto aos princípios (que fixam um estado de coisas a ser perseguido). Entretanto, no momento da aplicação, a eleição da norma a ser aplicada exige, para os princípios, que sejam considerados em conjunto os que são pertinentes ao caso (por não terem caráter absoluto, mas apenas *prima facie*), criando-se uma nova norma com caráter de regra que regulará o caso específico e todos os casos que guardem as mesmas características; e para as regras, que seja verificado se há alguma exceção (seja por regras expressamente previstas em lei ou advindas da ponderação de princípios), para então ser aplicada sua disciplina.

Na verdade, trata-se, então, sempre de aplicação de uma regra. O que muda é o processo de seu reconhecimento, isto é, se resulta apenas da ponderação de princípios, em que não há um enunciado normativo específico que a preveja, ou de uma regra extraída de um enunciado normativo específico, interpretada de modo sistemático (considerando-se as

exceções previstas e aqueles advindas da ponderação de princípios). Desse modo, os princípios são sempre aplicados de modo mediato, pois dependem da regra que resultará da ponderação (não necessariamente de um enunciado normativo criado pelo legislador que contenha uma regra específica), e as regras aplicadas de modo imediato. Ressalva-se que não se trata de aplicabilidade mediata ou imediata no sentido de eficácia das normas, tema que será examinado adiante.

Como bem afirmou Ávila, as diferenças na aplicação e na relação entre regras e princípios não são de ordem estrutural. Entretanto, são diferenças. O modo de aplicação e de relação entre as regras e entre os princípios não é o mesmo, sendo consideradas procedentes as teses de Dworkin e Alexy, especialmente deste.

De todo modo, as teorias dos princípios e regras defendidas por Hart, Dworkin, Alexy e Ávila apresentam importantes diretrizes para a análise das normas jurídicas, diretrizes que se prestam especialmente para o exame dos princípios e das regras de direitos fundamentais, como aqueles previstos nos enunciados da Constituição brasileira de 1988.

2.4 Eficácia das normas de direitos fundamentais

A fim de demarcar adequadamente a consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais, faz-se necessário compreender como as normas constitucionais são sistematizadas. Na lição de Barroso, estas podem ser de organização, definidoras de direitos ou programáticas²²⁹.

As normas de organização são aquelas que têm por objeto organizar o exercício do poder político, contendo o arcabouço da organização política

²²⁹ Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2009, p. 89-90.

do Estado. Instituem órgãos, definem competências e determinam as formas e os processos para seu exercício. Portanto, essas normas: veiculam decisões políticas fundamentais ao definirem a forma de Estado e de governo, a divisão orgânica do poder ou o sistema de governo; definem competências dos órgãos estatais e das entidades estatais, a exemplo do Congresso Nacional e da União, respectivamente; criam órgãos públicos, autorizam sua criação e traçam regras para sua composição e funcionamento; e, estabelecem normas procedimentais ou processuais para revisão e defesa da Constituição, para aplicação de outras normas, de elaboração legislativa e de fiscalização²³⁰.

As Constituições modernas, além de organizarem o exercício do poder político, definem direitos fundamentais em suas normas. Nesse caso, as normas são caracterizadas pela bilateralidade, isto é, de um lado, conferem direitos subjetivos (a faculdade de exigir), de outro, criam deveres jurídicos (a obrigação de cumprir)²³¹. Em relação aos direitos, sabe-se que podem ser organizados em diferentes categorias conforme o conteúdo, a exemplo dos direitos políticos e direitos sociais, o que já foi objeto de estudo deste trabalho, não sendo necessária sua retomada.

Finalmente, as normas programáticas são aquelas indicações de fins sociais a serem alcançados. Certamente, a finalidade maior do Estado é a promoção do bem comum. Entretanto, existem outros diversos objetivos específicos, os quais inspiram ou deveriam inspirar o poder público em cada época. Nesse sentido, as normas programáticas são aquelas que fixam programas de ação para o Poder Público com vistas a realizar tanto o objetivo geral quanto os objetivos específicos²³².

As normas constitucionais, sejam elas de organização, definidoras de direitos ou programáticas, são normas jurídicas e por isso caracterizadas

²³⁰ Ibidem, p. 93-94.

²³¹ Ibidem, p. 95.

²³² Ibidem, p. 113-114.

pela imperatividade. Entretanto, esta nem sempre se manifesta com a mesma intensidade²³³. Isso nos remete ao problema da eficácia e, para examiná-lo, é essencial apontar a distinção dos conceitos de justiça, validade e eficácia, o que será realizado inicialmente nos moldes da teoria de Bobbio.

O problema da correspondência ou não da norma a valores que inspiram um determinado ordenamento jurídico é um problema de justiça. A reflexão acerca da justiça ou injustiça de uma norma é equivalente à reflexão sobre a aptidão da norma para a realização daqueles valores. Pensar sobre o problema da justiça da norma é pensar sobre o que é real e o que é ideal. Trata-se do problema deontológico do direito²³⁴.

Validade refere-se ao problema da existência da norma, isto é, se pertence ou não ao sistema, independentemente de juízo de valor (por exemplo, se justa ou injusta). A decisão sobre a validade pode ser realizada por meio de três operações: averiguação da legitimidade da autoridade que a produziu, de sua permanência no sistema (se foi revogada expressamente) e da compatibilidade com outras normas (se foi revogada tacitamente). Refletir sobre a validade é refletir sobre o problema ontológico do direito²³⁵.

A eficácia de uma norma relaciona-se com o problema fenomenológico do direito, uma vez que o estudo da eficácia leva em consideração o fato de ser a norma seguida ou não pelos seus destinatários e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou²³⁶.

Esses três critérios são considerados independentes, uma vez que a norma pode ser justa sem ser válida (v.g.: normas do direito natural), se

²³³ Ibidem, p. 74-75.

²³⁴ Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, 2001, p. 46.

²³⁵ Ibidem, p. 46-47.

²³⁶ Ibidem, p. 47.

válida sem ser justa (v.g.: leis raciais), ser válida sem ser eficaz (v.g.: leis de proibição de bebidas nos Estados Unidos entre as duas guerras), ser eficaz sem ser válida (v.g.: regras da boa educação), ser justa sem ser eficaz (v.g.: quando a sabedoria popular diz que “não há justiça nesse mundo”) ou ser eficaz sem ser justa (v.g.: normas que permitiam a escravidão)²³⁷.

No tocante ao último conceito, existe a possibilidade de considerá-lo sob uma segunda perspectiva. Aquela se refere à eficácia social de uma norma. Entretanto, pode-se considerar também sua eficácia jurídica. Na clássica lição de Silva²³⁸, eficácia jurídica é a possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos com a geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes; já a eficácia social consiste na real obediência e aplicação no plano dos fatos, também denominada de efetividade. Nesse mesmo sentido, Barroso²³⁹ pondera que a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, representado a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Os comentários seguintes limitar-se-ão ao exame da eficácia jurídica das normas definidoras de direitos fundamentais, tendo em vista a

²³⁷ Ibidem, p. 48-51. A respeito da relação entre justiça e validade das normas, vale destacar a posição posterior à Segunda Guerra de Gustav Radbruch: “O conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido desta maneira: a lei positiva, assegurada pela legislação e poder, tem precedência até mesmo quando seu conteúdo é injusto e falha em beneficiar o povo, salvo se o conflito entre o estatuto e a justiça alcança um nível intolerável que o estatuto, como ‘lei defeituosa’, precisa se submeter à justiça” (...) “É impossível desenhar uma linha divisória precisa entre os casos de ilegalidade estatutária e estatutos que são válidos apesar de suas falhas. Uma linha de distinção, todavia, pode ser desenhada com extrema clareza: onde não existe ao menos uma tentativa à justiça, onde a igualdade, o núcleo da justiça, é deliberadamente traída pela lei positiva, então o estatuto não é apenas uma ‘lei defeituosa’, ele carece completamente da própria natureza do direito” (RADBRUCH, *apud* BIX, 2006, p. 140). Seria o caso das leis raciais na Alemanha hitlerista.

²³⁸ Silva [José Afonso da], *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 65-66.

²³⁹ Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2009, p. 82-83.

natureza e limites da investigação, o que será feito mediante a apresentação da classificação das normas conforme sua eficácia. Na tipologia proposta por Silva²⁴⁰, as normas constitucionais podem ser consideradas como normas de eficácia plena, contida ou limitada.

As normas da primeira categoria podem ser compreendidas como aquelas que, desde que a constituição entrou em vigor, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, os quais se referem aos interesses, comportamentos e situações regulados direta e normativamente pelo constituinte. Essas normas contêm vedações ou proibições, conferem isenções, imunidades ou prerrogativas, não designam órgãos ou autoridades especiais aos quais estejam especificamente incumbidas de sua execução, e não indicam processos especiais para sua execução. Além disso, essas normas não exigem a elaboração de outras normas legislativas para que seu sentido e alcance sejam completados²⁴¹.

De eficácia contida são as normas nas quais o legislador constituinte regulou de modo suficiente os interesses relativos a uma dada matéria, embora tenha deixado margem para a atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos fixados pela lei. Desse modo, essas normas remetem à intervenção do legislador possibilitando a restrição de seu sentido. No entanto, se não realizada a intervenção, a eficácia continua plena, sendo de aplicabilidade direta e imediata²⁴².

No tocante às normas de eficácia limitada, estas podem se manifestar como normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípios programáticos. Observa-se que o autor utiliza a expressão “normas constitucionais de princípio” tomando o termo “princípio” no sentido de “início”. Assim, normas

²⁴⁰ Silva [José Afonso da], *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 86.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 101.

²⁴² *Ibidem*, p. 116.

constitucionais de princípios são normas que instituem a gênese do esquema estrutural de determinado órgão, entidade ou instituição ou de um programa, ficando a efetiva criação, estruturação ou desenvolvimento a cargo da lei. A característica essencial desta espécie normativa está em que a norma indica uma legislação futura que lhes compete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação²⁴³.

Em síntese, pode-se afirmar que as normas de eficácia plena são caracterizadas por serem de aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral. As normas constitucionais de eficácia limitada têm a eficácia reduzida e se subdividem em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e de princípios programáticos, as quais dependem do legislador infraconstitucional para serem aplicadas²⁴⁴.

É necessário, todavia, apontar uma ressalva. As normas programáticas, mesmo inexistindo lei que as concretize, desde o início de sua vigência geram efeitos imediatos. Elas revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam e acarretam em juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, caso sejam com elas incompatíveis²⁴⁵.

Quanto à relação entre a teoria da eficácia e a teoria dos princípios, pode-se afirmar que a eficácia de uma regra construída a partir da

²⁴³ Ibidem, p. 118. Segundo o autor, Normas constitucionais de princípios institutivos são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (SILVA, 1998, p. 126). Normas constitucionais de princípios programáticos são “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 1998, p. 138).

²⁴⁴ Silva [José Afonso da], *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998, p. 86.

²⁴⁵ Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2009, p. 117.

ponderação de princípios (isto é, não extraída diretamente de um enunciado normativo) apresenta grau diverso dos princípios a ela subjacentes. Os princípios são sempre normas de eficácia contida, haja vista serem sempre passíveis de ponderação e restrição por outros princípios. Já a regra resultante da ponderação terá eficácia plena e aplicabilidade imediata, e não contida, haja vista já terem sido realizadas as restrições quando da ponderação. No entanto, a referida regra derivada da ponderação pode se tornar inaplicável ou sofrer restrições caso haja lei infraconstitucional que regule a matéria.

No caso das normas definidoras de direitos fundamentais, prevê a Constituição Brasileira de 1988 no artigo 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sendo a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais uma determinação constitucional expressa, isso significa que sua eficácia poderia ser plena ou contida, mas não limitada, uma vez que nesse último caso a aplicação dependeria de regulação infraconstitucional. A título de exemplo, a norma que define a jornada máxima de trabalho tem estrutura de regra (pois prescreve uma conduta a ser praticada) e é de eficácia plena; a norma que define a liberdade de expressão tem estrutura de princípio (pois define um estado de coisas a ser buscado) e é de eficácia contida.

No entanto, cumpre observar que a doutrina pátria ainda não alcançou um avançado grau de consensualidade no que diz respeito ao alcance e significado do preceito em exame, sendo persistentes dois problemas: o da abrangência material da norma (se aplicável a todos os direitos fundamentais) e aquele do significado do preceito (grau de eficácia e aplicabilidade).

Em relação ao primeiro, parece ser desprovida de razão a interpretação restritiva do preceito constitucional. Seria realizar uma restrição injustificada daquilo que a Constituição claramente estabeleceu de

modo abrangente. Isto é, a aplicabilidade imediata conferida a todos os direitos fundamentais, e não apenas às liberdades públicas ou direitos políticos, bem como a aplicabilidade imediata dos direitos não expressamente consagrados (artigo 5º, §2º, CF). Nesse sentido a lição de Sarlet²⁴⁶:

Do exposto – ainda que não tenhamos esgotado o tema – entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, §1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (art. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, §2º, da CF.

Em relação ao problema do significado do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, a partir do exposto em relação à classificação das normas quanto à eficácia que lhes é inerente, pode-se compreender, ao menos a partir de uma primeira leitura do preceito, que as normas de direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata e, portanto, de eficácia plena e contida.

No entanto, pondera a doutrina²⁴⁷, outras normas, também de natureza constitucional, reconhecem a limitação da eficácia de direitos fundamentais. Por exemplo, o artigo 5º, inciso XXXII determina que o Estado deverá promover a proteção do consumidor, “na forma da lei”, e ainda, no artigo 7º, inciso XI é prevista a participação nos lucros e resultados da empresa, “conforme definido em lei”. Há, portanto, normas de direitos fundamentais com eficácia limitada. A partir desse argumento, a

²⁴⁶ Sarlet, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, 2001, p. 27.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 28.

solução adotada por Sarlet²⁴⁸ é pela compreensão da norma do artigo 5º, §1º da Constituição como sendo de natureza principiológica, operando como um mandado de otimização, de modo que a aplicabilidade imediata da norma deve ser presumida, admitindo-se a recusa judicial ao seu reconhecimento, desde que necessariamente fundamentada²⁴⁹.

A nosso ver, o efeito da reserva de lei sobre a eficácia da norma definidora de direito fundamental não pode ser torná-la de eficácia limitada, o que resultaria em sua aplicabilidade mediata. Por força do preceito constitucional, que não pode ser desprezado, não é impensável que um direito fundamental seja exigido judicialmente com fundamento na Constituição apenas, quando inexistente uma lei específica que o regule. O papel da lei seria não o de viabilizar o gozo do direito (pois assim restaria esvaziado o seu conteúdo, atribuindo-se ao Legislativo o poder de ativar ou não o exercício do direito), mas sim de possibilitar a delimitação seu alcance.

Vale destacar a função desempenhada pelas reservas legais estabelecidas pela Constituição, sob a perspectiva da dogmática analítica. É sabido que os direitos fundamentais podem sofrer restrições aceitáveis,

²⁴⁸ Ibidem, p. 29-30.

²⁴⁹ Reconhecendo a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: “Extradição e necessidade de observância dos parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e do respeito aos direitos humanos. Constituição do Brasil, arts. 5º, § 1º, e 60, § 4º. Tráfico de entorpecentes. Associação delituosa e confabulação. Tipificações correspondentes no direito brasileiro. (...) Obrigação do STF de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. Informações veiculadas na mídia sobre a suspensão de nomeação de ministros da Corte Suprema de Justiça da Bolívia e possível interferência do Poder Executivo no Poder Judiciário daquele país. Necessidade de assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. (...) Em juízo tópico, o Plenário entendeu que os requisitos do devido processo legal estavam presentes, tendo em vista a notícia superveniente de nomeação de novos ministros para a Corte Suprema de Justiça da Bolívia, e que deveriam ser reconhecidos os esforços de consolidação do estado democrático de direito naquele país.” (STF, Extradição 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-2007, Plenário, DJ de 5-10-2007).

fundamentadas em preceitos constitucionais. Isso significa que nem toda restrição a direitos fundamentais é uma violação. Entretanto, no caso da reserva de lei, para Alexy, não se trata de uma restrição propriamente dita, mas da possibilidade jurídica criada pelo constituinte para a restrição. Ou seja, a reserva de lei fundamenta a “restringibilidade” de um direito²⁵⁰.

Nessa direção, estaria assegurado o exercício do direito fundamental, sendo o efeito da reserva de lei apenas o de possibilitar futura restrição do direito pelo legislador. Caberia, assim, ao judiciário fixar os critérios para tanto até a edição da lei, não podendo a inércia legislativa obstar o gozo de um direito previsto em norma definidora de direito fundamental. Desse modo, a reserva de lei tornaria a norma de eficácia contida, mas não limitada, conforme terminologia de Silva. O problema, no entanto, exige maior atenção quando se trata de normas definidoras de direitos sociais, análise que será procedida adiante.

²⁵⁰ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 282.

CAPÍTULO 3

Os direitos sociais como problema específico

Nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais foram examinados sob três perspectivas – histórica, teórico-jurídica e jurídico-positiva – as duas primeiras de ordem zetética, e a última, dogmática. Diferentes aspectos dessa categoria de direitos foram visitados, entre os quais estão: histórico, conceito e classificação dos direitos fundamentais, bem como conceito, estrutura e eficácia das normas que os definem. Entretanto, em função da natureza, do objetivo e das limitações dessa pesquisa, nessa parte final, serão recortados e explorados alguns dos principais problemas relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais (ou apenas direitos sociais), com a indicação de possíveis caminhos.

O primeiro problema que será abordado relaciona-se ao conceito dos direitos sociais, especialmente com a pretensão de investigar se de fato podem ser denominados como “direitos”. Admitindo-se que possuem esta natureza, surge como um segundo problema a possibilidade ou não de serem considerados direitos fundamentais. O terceiro e último problema objeto desse capítulo é aquele pertinente à eficácia das normas que definem os direitos sociais. Com efeito, essas questões merecem atenção, porquanto tratam da forma como se interpreta e se aplica a Constituição, assim como do modo como os governados gozarão de seus direitos.

3.1 O conceito de direitos sociais na teoria jurídica

Embora a expressão “direitos sociais” já tenha sido mencionada algumas vezes ao longo do estudo, em referência àquelas prestações

positivas proporcionadas pelo Estado para melhoria das condições de vida dos cidadãos, convém nesse ponto precisar o seu conceito. Isso porque, embora a expressão seja utilizada em grande parte das constituições ocidentais produzidas nas últimas três décadas, a doutrina dominante na maioria dos países europeus e na América do Norte se mostra sempre disposta a defender que eles não seriam direitos autênticos, por lhes faltar a justiciabilidade perante os tribunais. Por serem considerados objetivos ou fins do Estado, não seriam exigíveis juridicamente²⁵¹.

O professor de Yale Ping-Cheung-Lo impugna a noção de direitos sociais a partir do argumento de que direitos, tomados em seu sentido estrito, supõem dívidas por parte de outros sujeitos; como no caso dos direitos sociais não aparece alguém como sendo devedor no sentido próprio, não se poderia falar, a rigor, em direitos. Ademais, um direito deveria ter força suficiente para ser exigido frente a outro sujeito, sendo esta a diferença entre meros interesses e direitos, de modo que no caso dos direitos sociais, essa força não é suficiente. Ainda, embora seja conhecido que para que o mundo resulte mais habitável seja necessária a presença de conveniências morais, como a virtude do amor e da generosidade, bem como da justiça distributiva, isso, segundo o autor, não daria lugar a direitos em contrapartida²⁵². Nesse sentido, é indagado se a expressão “direitos sociais” está correta, ou seja, se são direitos ou apenas finalidades do Estado.

Antes de prosseguir nessa discussão, é imperioso reconhecer que os direitos sociais são, de algum modo, dotados de caráter jurídico. Essa afirmação funda-se na idéia de que seu conteúdo é consagrado em textos

²⁵¹ Herrera, *Estado, Constituição e Direitos Sociais*, 2008, p. 5.

²⁵² Correias, *Filosofia del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos*, 1994, p. 148. Para Feinberg (1974, p. 143), os direitos sociais não constituem direitos absolutos, uma vez que circunstâncias facilmente imagináveis e comumente reais podem reduzi-los a meras reivindicações.

legais ou constitucionais, não permanecendo apenas no plano valorativo de alguma tradição político-filosófica ou como propostas de algum movimento reformador ou revolucionário. Ademais, essa positivação pode ser fundamentada tanto a partir do marco do Estado liberal quanto do social, perspectivas que se comunicam com o sistema jurídico. No Estado social, cuja característica mais marcante é a utilização de meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, o dever estatal de garantir a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos precisa ser revestido de caráter jurídico. Na perspectiva liberal, os direitos sociais também poderiam assim se manifestar, porquanto constituem o meio para o exercício efetivo das liberdades (fundamentação instrumental)²⁵³.

Os mesmos argumentos podem ser utilizados para a afirmação da necessidade de consagração desses conteúdos como direitos, para que sejam exigíveis judicialmente. Uma vez que as prestações positivas e as ações reguladoras do Estado se prestam para a redução da desigualdade e da exclusão social, no marco de um Estado social é imprescindível que a estratégia utilizada seja a da positivação daqueles conteúdos como direitos. Além disso, não há como se ver concretamente realizadas as liberdades públicas sem que haja a satisfação das necessidades básicas do indivíduo, em relação a que o Estado pode desempenhar um papel fundamental²⁵⁴.

Sobre a tese de Ping-Cheung-Lo, caso se tenha como ponto de partida a idéia de que as relações de intercambio entre indivíduos são as únicas sujeitas às regras da justiça, ou ainda, se a justiça comutativa ou sinalagmática for a única forma possível de justiça, é evidente que os

²⁵³ Pulido, *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: uma crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria*, 2008, p. 149-150.

²⁵⁴ Essa, contudo, não é a posição do liberalismo radical, como aquele postulado por Dahrendorf (1987, p. 99-100), para quem o Estado social não traz soluções ao problema da exclusão, apenas amenizando-se, sendo necessária a realização de um liberalismo radical.

deveres de justiça distributiva, como a repartição de bens comuns, situam-se fora do âmbito jurídico. Entretanto, trata-se de uma redução injustificada, devendo ser reconhecido aos encarregados da comunidade o dever de promover o bem humano, e para se atingir tal finalidade, os direitos sociais desempenham importante papel²⁵⁵.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, foi visto que os preceitos constitucionais podem conter normas programáticas, de organização ou definidoras de direitos²⁵⁶. Canotilho, a partir das mesmas categorias, analisa as normas relacionadas a conteúdos de natureza social²⁵⁷.

Nas normas programáticas as constituições condensam princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social, tendo relevância política, pois servem para pressão sobre os órgãos competentes, mas também jurídica, pois, por um lado, através dessas normas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas, transportando princípios conformadores, dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.

²⁵⁵ Correias, *Filosofia del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos*, 1994, p. 152. Em Aristóteles, a justiça distributiva é a virtude na distribuição das honras e das riquezas ou de outras vantagens que devam ser repartidas entre os membros da comunidade. Embora a justiça distributiva seja identificada com a igualdade, pertence a seu campo apenas os modos da relação igualitária, independente das especificações políticas, que podem variar de um Estado para outro. O mérito é um critério básico, mas nem todos os Estados o reconhecem da mesma forma (FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 183). Refletindo a conceituação aristotélica, contemporaneamente Rawls (2000, p. 66) defende que todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos. Essa distribuição se justifica, segundo Rawls (2000, p. 183), pelo argumento de que através dela o mínimo existencial (*social minimum*) seria garantido, de maneira que os cidadãos teriam as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado e para o exercício pleno e consciente de seus poderes morais, de sua liberdade. Para o autor, a participação na sociedade dependeria de um nível mínimo de bem-estar material.

²⁵⁶ Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2009, p. 89-90.

²⁵⁷ Canotilho, *Direito Constitucional*, 1993, p. 545-546.

No tocante aos direitos sociais como normas de organização, trata-se de normas constitucionais organizatórias atributivas de competência, que impõem ao legislador a realização de direitos sociais, de modo que, ao impor constitucionalmente a certos órgãos a emanção de medidas tendentes à promoção do bem-estar do povo, à sua segurança econômica e social, abre-se o caminho para as regulamentações legais dos direitos sociais. Contudo, a não atuação dos órgãos competentes para a concretização destas imposições não se ligam quaisquer sanções jurídicas, mas apenas efeitos políticos.

Finalmente, tem-se os direitos sociais como direitos subjetivos. Há uma grande diferença entre situar os direitos sociais, econômicos e culturais num nível constitucional dotando-os de uma dimensão subjetiva, e considerá-los como simples imposições constitucionais donde derivariam direitos reflexos para os cidadãos. É a dimensão subjetiva que faz dos direitos sociais direitos públicos subjetivos das pessoas e não apenas deveres objetivos do Estado²⁵⁸.

Na lição de Alexy, uma norma pode ou não conferir um direito subjetivo. Quando o Estado é obrigado a realizar uma determinada ação, isso não significa que tal norma define que um indivíduo tenha direito à realização dessa ação estatal. Para que seja configurado um direito subjetivo, é fundamental a caracterização de um predicado triádico expresso como “... tem em face de ... um direito a ...”. Esses direitos podem ter conteúdos diversos, distribuídos em três categorias básicas, a saber: direitos a algo, liberdades e competências. No campo dos direitos sociais, fala-se em direitos a algo, ou mais especificamente, o direito de indivíduo

²⁵⁸ Canotilho (1993, p. 546) acrescenta ainda a possibilidade de normatização dos direitos sociais como garantias institucionais, que podem ser traduzidas como uma imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição e, por outro lado, a protegê-la tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos.

ou coletividade a uma ação fática positiva em face do Estado²⁵⁹. Utilizando-se a terminologia de Jellinek, são direitos advindos do status positivo ou *civitatis*. Como mencionado anteriormente, o indivíduo está inserido no status positivo sempre que o Estado a ele reconhece a capacidade jurídica para recorrer a seu aparato e instituições e a ele garanta pretensões positivas de modo que, de um lado, o indivíduo tenha direitos a algo em face do Estado e tenha uma competência para vê-los efetivados, e de outro, que ao direito do indivíduo corresponda o dever do Estado de realizar essa ação²⁶⁰. Diante disso, entende-se que os direitos sociais podem ser considerados como direitos subjetivos, *facultas agendi*, isto é, o poder de exigir determinado comportamento de outrem, *in casu*, do Estado²⁶¹.

Tendo em vista essas considerações, menciona-se a afirmação de Alexy²⁶² de que os direitos sociais são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Semelhantemente, Silva²⁶³ compreende-os como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

²⁵⁹ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 182-201.

²⁶⁰ Ibidem, p. 263-265.

²⁶¹ A partir das disposições da Constituição Portuguesa, Canotilho e Moreira (1991, p. 127-129) defendem que os direitos econômicos, sociais e culturais não são meras normas programáticas ou diretivas de ação estatal de alcance essencialmente político, não são simples normas organizatórias de atribuição ou competência do Estado, não se reduzem a garantias institucionais ou a imposições constitucionais. Se, de um lado, os direitos sociais possuem uma dimensão objetiva relacionada à obrigação estatal, de outro, possuem uma dimensão subjetiva, que faz deles direitos fundamentais, direitos públicos subjetivos das pessoas.

²⁶² Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 499.

²⁶³ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 289.

Embora essa categoria de direitos seja bastante ampla (trabalho, moradia, educação, saúde, assistência, família, entre outros), albergando direitos com características diversas, a intersecção entre eles consiste na finalidade de sua consagração, que é a promoção da justiça social, e no destinatário da maioria de seus conteúdos, o Estado, “a quem incumbe em primeira linha satisfazê-los ou criar as condições para os realizar”, conforme magistério de Canotilho e Moreira²⁶⁴.

3.2 Direitos sociais como direitos fundamentais

A afirmação do caráter jurídico e da compreensão dos direitos sociais como direitos subjetivos conduz à reflexão acerca da inclusão ou exclusão dos direitos sociais do rol de direitos fundamentais de um sistema constitucional.

Uma vez que os direitos fundamentais se referem àquelas prerrogativas e instituições destinadas à garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, tratando-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza²⁶⁵, faz-se necessário verificar se os direitos sociais podem contribuir para o cumprimento de tal função.

Inicialmente, serão expostos alguns argumentos e contra-argumentos relativos à necessidade de prestações positivas pelo Estado, como aquelas praticadas no *Welfare State*. Na sequência, será abordado o problema específico da fundamentalidade dos direitos sociais, para então ser procedido o exame destes direitos no sistema constitucional brasileiro.

²⁶⁴ Canotilho; Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 113.

²⁶⁵ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 182-183.

3.2.1 Sobre a necessidade de prestações positivas pelo Estado

Em uma reflexão acerca dos direitos sociais, não é irrelevante examinar o problema da necessidade de implementação de prestações positivas pelo Estado. Estas visam à redução das desigualdades fáticas, fundamentadas, portanto, no princípio da igualdade.

A doutrina constitucional tradicionalmente reconhece a igualdade como aplicação igual do direito. Inicialmente, trata-se da igualdade perante a lei ou igualdade formal, que consiste na exigência dirigida ao juiz e às autoridades administrativas no sentido de se assegurar formalmente a igual aplicação da lei a todos os cidadãos. No entanto, mais que igualdade formal, a igualdade na aplicação do direito é também a igualdade através da lei, falando-se então não apenas em aplicação igual do direito, mas também em aplicação igual do direito igual, compreendendo-a também como igualdade material²⁶⁶.

Nesse sentido, pode-se afirmar a igualdade como o direito a um direito justo, ou como direito à igualdade de oportunidades. Considerar a igualdade sob esta perspectiva significa conferir a ela duas funções: uma normativa e outra social. A função normativa consiste no dever do legislador de tratar por igual situações de fato iguais e desigualmente situações de fato desiguais, vedando-se, portanto, o arbítrio. A esta função normativa se soma a função social de promoção da eliminação das desigualdades fáticas, que pode ser verificada em textos constitucionais quando o constituinte não apenas impõe determinações negativas à efetivação da igualdade, mas também consagra imposições positivas que vinculam o legislador²⁶⁷.

²⁶⁶ Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 1994, p. 381.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 381-384.

Assim, a adoção do modelo do Estado social, por meio da previsão de normas programáticas ou definidoras de direitos sociais, evidencia o reconhecimento da igualdade não apenas em sua função normativa, mas também socialmente diretiva, tendente à eliminação das desigualdades fáticas.

No entanto, há quem defenda a impropriedade de tal função social. Sob uma perspectiva histórica e teórico-jurídica, Hirschman analisa a oposição ao avanço dos direitos sociais a partir do estudo da retórica reacionária, que utilizou três espécies de argumentos para convencer o interlocutor contra a consagração de direitos sociais prestacionais, a saber, os argumentos da perversidade, da futilidade e da ameaça.

A tese da perversidade é utilizada pelos reacionários como forma de manobra intelectual, na tentativa de se demonstrar que o esforço para se dirigir a sociedade a uma particular direção causaria o efeito contrário. Trata-se, especialmente, de um “ataque contra as políticas econômicas e sociais que formam o moderno *Welfare State*”²⁶⁸.

Esse efeito perverso está relacionado a um dogma central da economia: a idéia de um mercado que se auto-regula. Nesse sentido, qualquer política pública que almeje alterar os resultados do mercado, a exemplo dos preços e salários, é considerada nociva ao suposto equilíbrio desse mesmo mercado. Como exemplo, os reacionários defendiam que se o salário mínimo fosse estabelecido ou aumentado, a probabilidade do nível de emprego cair seria bastante grande, ocasionando uma renda agregada menor para o trabalhador. No mesmo sentido, o aumento da assistência social aos pobres significaria um incentivo à preguiça e à depravação,

²⁶⁸ Hirschman, *A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça*, 1992, p. 30.

produzindo como consequência maior pobreza. Destacam-se nessa corrente Frieman, Defoe, Burke, Malthus e Toqueville²⁶⁹.

Porém, ao contrário do previsto, Karl Polanyi comentou em 1944 que as *poor laws* inglesas ajudaram a garantir a paz social e a manutenção da produção interna de alimentos durante o período das Guerras Napoleônicas, depois de terem suplementado os salários baixos²⁷⁰.

Embora existam efeitos colaterais, entende-se que os efeitos positivos os superam. Exemplo disso são os efeitos positivos do serviço militar universal sobre a alfabetização. Da mesma forma a instituição da instrução obrigatória possibilitou a muitas mulheres a obtenção de um emprego, certamente, uma consequência imprevista e muito positiva. Com relação à assistência social, é improvável que as pessoas arranquem seus olhos visando o pagamento da seguridade social. Igualmente, é muito pouco provável um trabalhador se auto-mutilar para receber o seguro de acidente de trabalho, como era alegado por alguns empregadores. Se houve constatações com tamanha estranheza, certamente ocorreram de forma isolada, não devendo ser generalizadas²⁷¹.

A tese da futilidade refere-se ao argumento de que quaisquer supostas mudanças são apenas superficiais, não provocando alterações nas estruturas profundas da sociedade. Em relação à transferência de bens aos pobres, pode ocorrer de a classe média manipular esses benefícios, tornando-se a maior favorecida. Trata-se da idéia do desvio²⁷².

Defendem os reacionários, como Stigler, Tullock, Feldstein, que a classe média pode manipular o sistema em seu benefício, mediante o controle do poder político. Programas como seguro-desemprego ou serviço público de saúde favoreceriam mais os membros da classe média que os

²⁶⁹ Ibidem, p. 30-31.

²⁷⁰ Ibidem, p. 32.

²⁷¹ Ibidem, p. 39-42.

²⁷² Ibidem, p. 57.

pobres. Tais ações seriam frustradas pelo fato de as estruturas da sociedade não serem alteradas²⁷³.

Trata-se, contudo, de uma leitura simplista e conservadora da realidade. Certamente há casos em que programas sejam considerados ineptos ou irrelevantes, o que faz com que não devam ser levados adiante. Mas, reduzir a tensão entre as metas anunciadas de um programa social e sua real efetividade ao contraste “superficialidade” e “profundidade”, ou “máscara” e “realidade”, é não considerar a complexidade do problema. Declarar a futilidade de um programa diante de um primeiro indício de que não funcionará é agir de modo precipitado, não levando em consideração a possibilidade de aprendizado social e de planejamento acumulativo e corretivo. Enfim, a tese da futilidade não reflete seriamente acerca das estratégias de redução das desigualdades sociais²⁷⁴.

Finalmente, a tese da ameaça fundamenta-se na idéia de que uma nova reforma social pode colocar em perigo reformas anteriores, que alcançou resultados a duras penas e com muitos sacrifícios. Defende-se que o *Welfare State* coloca em perigo a liberdade e a democracia²⁷⁵.

Grande arauto dessa doutrina é Hayek, ao alertar que a interferência governamental no mercado seria o fim da liberdade. Nessa linha de raciocínio, qualquer função adicional e além da “competência” do Estado, estaria fadado a ameaçar a liberdade, pois o Estado só poderia fazê-lo por meio da coação, destruindo tanto a liberdade quanto a democracia. No início dos anos 70, O’Connor defendia que a acumulação de capital social e os gastos sociais (para saúde, educação e assistência social) eram um processo altamente irracional do ponto de vista da coerência administrativa. Para Huntigton, em escrito de 1975, a expansão das despesas de assistência

²⁷³ Ibidem, p. 58-62.

²⁷⁴ Ibidem, p. 69-72.

²⁷⁵ Ibidem, p. 94.

social gerariam crises na governabilidade, por acarretarem sobrecarga da atividade governamental²⁷⁶.

É imperioso observar, contudo, que o argumento da ameaça é fragilizado pelo fato de que uma nova reforma não é necessariamente ameaçadora das reformas anteriores. Pode haver a complementação, isto é, o apoio mútuo entre as duas reformas. No caso das políticas do *Welfare State*, o principal argumento que foi utilizado em seu favor inicialmente residia na idéia de que eram condições essenciais para a continuidade do capitalismo frente a seus próprios excessos, como desemprego e migração em massa. Embora uma nova reforma possa ultrapassar alguns limites e restringir avanços de reforma anterior, isso não é necessário²⁷⁷.

As teses sistematizadas por Hirschman são, portanto, contrárias ao avanço dos direitos sociais. Uma estratégia estatal de constitucionalização e de fundamentalização de direitos sociais é vista pelos reacionários conservadores como perigosa aos avanços liberais já conquistados no campo dos direitos civis e políticos. No entanto, pelos argumentos esboçados, não podem prevalecer.

3.2.2 A fundamentalidade dos direitos sociais

Sob o ponto de vista liberal, direitos fundamentais seriam aquelas garantias do cidadão frente ao Estado, especificamente os direitos civis e políticos. Os direitos civis operam como direitos de defesa (proteção de uma esfera de liberdade individual frente a ingerências ilegítimas), enquanto que os direitos políticos possibilitam ao cidadão participar ativamente da formação da vontade estatal (diretamente ou por meio de seus representantes). Por certo, as raízes dessa postura encontram-se no

²⁷⁶ Ibidem, p. 94-102.

²⁷⁷ Ibidem, p. 105-106.

Contratualismo, e foram conquistas históricas de elevada importância para a promoção da dignidade humana. Contudo, historicamente, observa-se a insuficiência da consagração apenas formal das liberdades, pois se mostrou incapaz de promover a referida dignidade. O século XX presenciou um movimento de inclusão de cláusulas definidoras de direitos sociais nas constituições, que possibilitou o desenvolvimento de um novo modelo estatal especialmente a partir de 1945, a saber, o Estado do Bem-Estar.

Conceitualmente, Estado pode ser considerado como comunidade e poder juridicamente organizados; em sua vertente de bem-estar, é caracterizado pela postura de intervenção para transformar ou conformar a sociedade²⁷⁸. Esse modelo de Estado visa propiciar aos indivíduos o direito de participar do bem-estar social e não apenas vedar ao Estado o direito de intervir ilegítimamente na esfera de liberdade individual, como defende a tradição liberal. Busca-se, então, não apenas liberdade do e perante o Estado, mas também liberdade através do Estado²⁷⁹.

Os regimes constitucionais do Ocidente comprometem-se, explícita ou implicitamente, a realizar o Estado Social de Direito, seja mencionando esta expressão em seus dispositivos ou definindo um capítulo de direitos sociais e econômicos²⁸⁰. Por exemplo, a Constituição portuguesa define como objetivo do Estado a realização da democracia econômica, social e cultural, e considera como uma das tarefas basilares do Estado a de promover o bem-estar, a qualidade de vida do povo, a igualdade real entre os portugueses, bem como a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais²⁸¹. Semelhantemente, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu ao Estado a função de promover a justiça social, trazendo já em seu preâmbulo

²⁷⁸ Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, 2005, p. 170-172.

²⁷⁹ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 47.

²⁸⁰ Silva [José Afonso da], *Curso de direito constitucional positivo*, 2000, p. 119.

²⁸¹ Canotilho; Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 86.

a previsão da finalidade do Estado de “assegurar o exercício dos direitos sociais”.

Nesse sentido, e no marco do Estado democrático e social, a perspectiva liberal não é suficiente. Uma vez que a satisfação das necessidades básicas é essencial para o gozo das liberdades públicas e da autonomia política, os direitos sociais devem ser considerados igualmente como direitos fundamentais.

Em Alexy²⁸², a justificação da fundamentalidade dos direitos sociais reside em sua importância, pois, ao se satisfazer as necessidades básicas do indivíduo, a este é possibilitado o real exercício da liberdade, efetivando-se o princípio da dignidade da pessoa²⁸³. No Brasil, a importância dos direitos sociais é patente. Em função das graves desigualdades sociais existentes (em 2010 o Brasil ocupava a 73ª posição na classificação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que tem como critério o Índice de Desenvolvimento Humano²⁸⁴), os direitos sociais são a condição essencial

²⁸² Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 506.

²⁸³ Nesse sentido: “Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29-6-1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. A autora, associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados” (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008).

²⁸⁴ *Relatório do Desenvolvimento Humano. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Organização das Nações Unidas*, disponível em: www.pnud.org.br, acesso em janeiro de 2011.

para a realização da democracia e das liberdades públicas. Com efeito, a positivação de liberdades e de direitos políticos na Carta Constitucional sem que haja a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos corre o risco de ser mera ilusão.

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais contribui também para a legitimação do Estado. Sob tal prisma, propõe Bovero²⁸⁵ que a prestação pelo Estado de direitos sociais é essencial para haja verdadeira democracia. Isso porque, caso não haja a realização de direitos sociais, os quais “foram reivindicados pelos movimentos socialistas, as liberdades individuais ficam vazias, os direitos fundamentais de liberdade se transformam de fato em privilégios para poucos”. Embora Bovero entenda que a democracia não possa ser adjetivada como liberal ou socialista, ela tem como sua precondição elementos das duas tradições, a saber, as quatro liberdades fundamentais (pessoal, expressão, reunião e associação)²⁸⁶ e os direitos sociais mínimos (satisfação das necessidades primárias essenciais). Sem estes elementos ela se torna apenas democracia aparente, isto é, o processo democrático de participação nas decisões políticas não pode se desenvolver corretamente. Daí porque os direitos sociais devem ser considerados também como direitos fundamentais.

A partir dessas considerações, pode-se afirmar não apenas uma dimensão negativa aos direitos fundamentais, mas também uma positiva, surgindo para o Estado o dever de prover as necessidades básicas dos indivíduos e para o indivíduo o direito subjetivo a esta provisão.

²⁸⁵ Bovero, *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*, 2002, p. 48.

²⁸⁶ Segundo Bovero (2002, p. 46), a liberdade pessoal consiste no direito de não ser detido arbitrariamente, e do qual pode ser considerada um corolário a liberdade de mover-se não impedido por barreiras opressivas; a liberdade de opinião e de imprensa é a liberdade de expressar, manifestar e difundir o próprio pensamento, equivalente ao direito ao dissenso e à crítica pública; a liberdade de reunião pode ser entendido como o direito de protesto coletivo; e, a liberdade de associação é o direito de criar organismos coletivos, como os sindicatos livres, e os livres partidos, abrindo a possibilidade de uma escolha política efetiva para os cidadãos.

Há, porém, ao menos três argumentos que são levantados pela doutrina como oposição à consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais. O primeiro, elaborado por Pereira-Menaut (e antes por Tocqueville), consiste na idéia de que direitos sociais são apenas objetivos do Estado, sendo que consagrá-los como direitos provocaria um incremento do poder do Estado, uma vez que o governo, estando obrigado a satisfazer tantos e tão complexos direitos, necessitaria de um poder extenso e vigoroso. O reconhecimento dos direitos sociais conduziria necessariamente à anulação das liberdades dos cidadãos²⁸⁷. O segundo é aquele do custo dos direitos sociais e a conseqüente dificuldade de efetivação. É defendido que os direitos sociais se diferenciam dos direitos civis em relação à exigência de elevados investimentos para a realização de prestações positivas, fazendo com que aqueles direitos sejam de problemática implementação²⁸⁸. Semelhante é o argumento relativo à diferença entre direitos de defesa e os direitos sociais a prestações baseado na necessidade de mediação do Poder Público para a realização dos últimos, no sentido de que é fragilizada a exeqüibilidade dos direitos sociais por ser imprescindível a atuação do Estado²⁸⁹.

²⁸⁷ Correias, *Filosofia del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos*, 1994, p. 148.

²⁸⁸ Cruz, *Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito*, 2008, p. 94-96.

²⁸⁹ Sobre a necessidade de mediação do Poder Público, Canotilho (1993, p. 543) comenta que “a expressa consagração constitucional de direitos económicos, sociais e culturais não implica, de forma automática, um *'modus' de normativização uniforme*, ou seja, uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos. Alguns direitos económicos, culturais e sociais são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, igualdade no trabalho); outros são *direitos a prestações* dependentes da actividade mediadora dos poderes públicos. O facto de estes direitos estarem dependentes da acção do Estado e apresentarem um inequívoco défice de exeqüibilidade e justicialidade, leva os autores a falarem de *aporia* dos direitos fundamentais, económicos e sociais, e a reconduzir a problemática dos direitos sociais para o campo da ‘política social’, ao mesmo tempo que se reduz o princípio da democracia económica, social e cultural a uma simples *linha de direcção da actividade estadual*. Este não é, contudo, o entendimento constitucional”.

Entretanto, tais críticas não podem prevalecer. A respeito da impugnação de Pereira-Menaut, o reconhecimento de direitos sociais como direitos fundamentais não visa à eliminação das liberdades públicas, ou ainda, a instalação de um Estado totalitário. De fato, trata-se de uma modificação do Estado da perspectiva liberal, embora sem deixar de garantir as conquistas deste. O que se rejeita é sua visão puramente individualista, de que a função dos governos é tão somente promover a harmonização dos direitos a bens particulares. O papel do Estado é também a garantia da participação de todos no bem comum²⁹⁰.

No tocante ao segundo argumento, a diferença entre direitos civis e sociais em razão dos gastos públicos não pode ser considerada como essencial, a ponto de afastar a fundamentalidade dos direitos sociais. É evidente que estes direitos demandam elevados investimentos. Contudo, o aparato estatal indispensável para assegurar direitos civis e políticos, a exemplo dos recursos necessários para a manutenção da segurança pública e para a realização de eleições, também custa elevados recursos à fazenda. Além disso, admitindo-se que a pobreza e a exclusão são algumas das principais causas da violência, maiores investimentos em direitos sociais provocariam a redução da criminalidade, e assim, a diminuição de gastos com segurança e saúde, tanto a partir do erário público quanto de investimentos privados. O custo dos direitos sociais ou a dificuldade de sua implementação, portanto, não podem ser critérios para excluir os direitos sociais do rol dos direitos fundamentais subjetivos, isto é, não é um critério para afastar sua fundamentalidade e sua exigibilidade judicial²⁹¹.

²⁹⁰ Correias, *Filosofia del Derecho: el Derecho y los Derechos Humanos*, 1994, p. 152-153.

²⁹¹ Salienta-se que, embora o argumento do custo dos direitos sociais não se preste para afastar sua fundamentalidade, é certo que é aponta um problema para sua efetividade. Na lição de Silva (2010, p. 241-242), o custo dos direitos sociais, além de envolver tudo aquilo que é necessário para a produção dos efeitos das liberdades públicas – proteção, organizações, procedimentos, etc. – exige algo mais. E essa adição de gastos, além de

Em relação ao terceiro argumento, semelhantemente ao anterior, pode-se responder afirmando que todos os direitos fundamentais demandam a atuação do Poder Público para sua efetivação. O próprio aparato judiciário é um exemplo de estrutura criada para viabilizar o gozo dos direitos fundamentais de defesa.

Portanto, as críticas apontadas não são suficientes para descaracterizar os direitos sociais como direitos fundamentais, o que é reforçado pelo fato de que tais direitos conferem legitimidade ao Estado, ao possibilitar o exercício das liberdades públicas e a existência de real democracia, e porque são dotados de elevada importância para a satisfação das necessidades humanas básicas e, assim, para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Examinando-se comparativamente direitos sociais e direitos civis e políticos, embora existam diferenças estruturais entre eles, não há diferenças radicais: uns e outros se destinam à satisfação de necessidades básicas, como a necessidade individual de exercer a liberdade privada, a autonomia política e de gozar das condições básicas para a vida digna; ou ainda, os direitos sociais são as condições para o efetivo exercício dos direitos civis e políticos²⁹².

pressupor recursos financeiros nem sempre disponíveis, costuma ser específico para cada um dos direitos sociais. Por exemplo, a construção de hospitais e a compra de medicamentos são aproveitadas para um único direito social, o direito à saúde. De modo semelhante, para Sarlet e Figueiredo (2010, p. 27-28), embora não se possa negar que todos os direitos fundamentais impliquem em custos, no caso dos direitos sociais a prestações, a efetividade destes resta prejudicada caso não haja alocação direta de recursos, os quais devem ser especificamente destinados à realização dos mesmos. Daí possuírem maior relevância econômica que os direitos de defesa.

²⁹² Pulido, *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria*, 2008, p. 150. Para Canotilho e Moreira (1991, p. 129), o que distingue os direitos sociais dos direitos civis e políticos não é a sua natureza jurídico-constitucional, pois, na Constituição Portuguesa, todos são direitos fundamentais. A diferença reside apenas no objeto.

Na verdade, não há como se apartar os direitos de liberdade dos direitos sociais, exceto para fins didáticos²⁹³. Assim como, “de modo metafórico, é possível estudar de forma apartada os sistemas circulatório e respiratório do homem, mas, na prática, eles não podem subsistir um sem o outro”, os direitos civis e políticos não subsistem sem os direitos sociais. São distinguidos apenas didaticamente²⁹⁴. Desse modo, se as liberdades são direitos fundamentais, os direitos sociais também o são, porquanto imprescindíveis para a efetivação daquelas.

Veja-se ainda que o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais faz com que os mesmos não sejam considerados apenas como uma concessão do Estado (à semelhança da formulação da dogmática alemã na metade do século XIX em relação aos direitos de tradição liberal). Os direitos sociais fundamentais impõem-se como uma exigência da soberania popular aos órgãos que dependem dela²⁹⁵.

3.3 Conceito e fundamentalidade dos direitos sociais desde a Constituição Brasileira de 1988

Do texto da Constituição da República de 1988 são extraídas normas definidoras de direitos sociais. É certo que alguns enunciados normativos não trazem direitos juridicamente exigíveis, mas tão somente

²⁹³ Courtis (2008, p. 489-490) assevera que não há um traço ou característica comum que seja capaz de definir tanto os direitos civis e políticos como os direitos sociais, como se tais direitos formassem um catálogo perfeitamente consistente de direitos. O esforço para reduzir (argumento reducionista – *blanket arguments*) direitos civis e políticos a direitos de caráter negativo (direitos que requerem uma abstenção estatal) e para reduzir os direitos sociais a direitos positivos (direitos que requerem uma ação estatal) é claramente errado. Para o autor, todo direito requer tanto abstenção quanto ação do Estado, não havendo praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado e protegido.

²⁹⁴ Cruz, *Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito*, 2008, p. 96.

²⁹⁵ Em sentido semelhante, mas em relação aos direitos fundamentais como limitação do poder do Estado, cf. Viñas, *El abuso de los derechos fundamentales*, 1983, p. 81-82.

objetivos de caráter social (como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, conforme previsão no artigo 3º, III). Entretanto, textos como o artigo 6º, *caput*, claramente prevêem prestações positivas como direitos, como educação, saúde e alimentação, ainda que exista certa indeterminação quanto à medida de cada direito.

No Título denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”, são formalmente²⁹⁶ reconhecidos como direitos fundamentais, entre outros, os seguintes direitos sociais: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (artigo 6º)²⁹⁷. No artigo 7º, são assegurados diversos direitos trabalhistas, como a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o seguro-desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço, a irredutibilidade do salário, duração máxima do trabalho, repouso semanal remunerado, gozo de férias anuais, licença à gestante e licença-paternidade, aposentadoria, entre outros. O artigo 8º assegura a livre associação profissional ou sindical com vistas à defesa dos interesses da classe. O direito de greve é garantido no

²⁹⁶ Segundo Dimoulis e Martins (2009, p. 119-120), a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico é definida com base na fundamentalidade formal, sendo condição necessária a garantia do direito por meio de normas que tenham força jurídica própria da supremacia constitucional, ainda que tenha alcance e relevância social bastante limitados, como o exemplo do direito (fundamental) dos maiores de 65 anos de viajar gratuitamente nos meios de transporte coletivo urbano (artigo 230, §2º).

²⁹⁷ Sobre a fundamentalidade desses direitos, a exemplo do direito à saúde: “O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à ‘Saúde’ (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é ‘direito de todos e dever do Estado’ (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como ‘de relevância pública’ (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental” (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010).

artigo 9º. O direito de participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação é previsto no artigo 10. No artigo 11, consta o direito de eleição de um representante nas empresas de mais de duzentos empregados, com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Ressalta-se, contudo, que os direitos sociais não se limitam àqueles expressamente positivados no catálogo. À luz do que determina o artigo 5º, §2º da Constituição, é possível a existência de outros direitos sociais, como aqueles implícitos e decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou aqueles positivados em tratados internacionais, além dos direitos sociais previstos em outras partes do texto constitucional²⁹⁸. Nos dispositivos da ordem social, encontramos, entre outros, o direito de participação da iniciativa privada na assistência à saúde (artigo 199), a vedação de benefício previdenciário não inferior ao salário mínimo (artigo 201, §5º), o direito à educação em face do Estado (artigo 205), a igualdade de acesso e permanência na escola (artigo 206, I)²⁹⁹.

²⁹⁸ Nesse mesmo sentido, Sarlet e Figueiredo (2010, p. 18) defendem que, no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional, todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam no rol do Título II da Constituição Federal ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou ainda, localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.

²⁹⁹ Sobre o tema: “(...) deve-se mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais.” (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 639, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-6-2005, Plenário, *DJ* de 21-10-2005). A esse respeito, digno de nota é o comentário de Sarlet (2009, p. 223): “Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais. Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática), por mais que seja possível

Nesse sentido, verifica-se que a Constituição confere a estes conteúdos de carácter social a natureza de direitos subjetivos, isto é, que podem ser exigidos pelos indivíduos ou categorias em face do Estado. Em reforço a essa interpretação, menciona-se a previsão do artigo 5º, §1º, ao reconhecer a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de serem exigidos judicialmente com base no texto constitucional, sem a necessidade de intervenção do legislador infraconstitucional.

Entretanto, é imperioso destacar que a Constituição não reconhece apenas direitos sociais a prestações, que é um dos aspectos distintivos de um Estado social. Verifica-se ter havido a consagração de direitos de natureza diversa sob o gênero “direitos sociais”, criando-se dificuldades para a elaboração de um conceito dogmático abrangente.

Observa-se a existência de duas grandes categorias de direitos sociais: aqueles que regulam a relação entre particulares (direitos de defesa) e aqueles que conferem o direito subjetivo a prestações fáticas. Por exemplo, os direitos trabalhistas ao salário mínimo ou à jornada máxima de quarenta e quatro horas semanais não são prestações fáticas, mas regulação de relações privadas. A seu turno, o direito à moradia ou ao seguro desemprego são primariamente direitos a ações fáticas por parte do Estado³⁰⁰.

reconhecer eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais – comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais”.

³⁰⁰ No entanto, embora seja explorado adiante, vale ressaltar que os direitos sociais, ainda que de carácter prestacional, possuem também uma dimensão negativa. Sarlet e Figueiredo (2010, p. 16-17), examinando o direito social à moradia, do enunciado normativo extraem duas normas, uma que define o direito de defesa contra ações do Estado ou de terceiros que visem uma restrição ao direito não fundamentada, e outra que define um direito positivo, podendo servir de fundamento a uma atuação do Estado no sentido de assegurar, mediante determinadas prestações jurídicas ou materiais o acesso a uma moradia, o que também pode ser aplicado ao direito à saúde.

Nessa direção, e conforme a lição de Sarlet, há uma classe de direitos sociais de cunho notoriamente negativo (precipuamente dirigidos uma conduta omissiva por parte do destinatário, seja o indivíduo ou o Estado), que tem sido denominada de “liberdades sociais”, integrando o que se poderia chamar de um “*status negativus socialis*” ou “*status socialis libertatis*”, sob a inspiração da concepção de Jellinek. Segundo o autor, o mesmo fenômeno se verificava, ao menos parcialmente e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, em que vários dos direitos fundamentais trabalhistas, inicialmente contidos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, foram integrados, na revisão de 1982, no título dos direitos, liberdades e garantias. Assim, uma conceituação dos direitos fundamentais sociais, a partir da Constituição brasileira, como direitos a prestações estatais é manifestamente incompleta³⁰¹.

Diante dessas ponderações, pode-se concluir que a expressão “direitos sociais” encontra sua razão de ser na circunstância de que todos esses direitos, sejam prestacionais ou de defesa, consideram o ser humano em sua situação concreta na ordem social, tendo como objetivo criar e garantir a igualdade material e a liberdade real, seja por meio de

³⁰¹ Sarlet, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, 2001, p. 18-19. Em comentário ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e sua relação com os direitos econômicos, sociais e culturais, Courtis (2008, p. 490-491) constata a dificuldade existente para a classificação de alguns direitos, exemplo da liberdade sindical e do direito da família à proteção estatal, na categoria dos direitos sociais, econômicos e culturais em sua acepção tradicional, defendendo que não se pode considerar direitos sociais apenas como direitos a prestações e direitos civis e políticos como direitos de defesa. Todos os direitos possuem uma parcela de defesa e outra de prestações. Canotilho e Moreira (1991, p. 127) apontam também que os direitos sociais, além da componente positiva, possuem também uma componente negativa, que se traduz num direito à abstenção do Estado ou de terceiro. Como exemplo, mencionam o direito ao trabalho, que consiste não apenas na promoção da criação de postos de trabalho, mas também na obrigação do Estado em se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho). O mesmo raciocínio se aplica à saúde, reconhecendo-se o dever do Estado não apenas de assegurar o direito, mas também de não prejudicar a saúde dos cidadãos.

determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio das forças na esfera das relações sociais. Desse modo, os direitos fundamentais sociais podem ser conceituados como direitos à libertação da opressão social e da necessidade³⁰².

3.4 A eficácia das normas definidoras de direitos sociais a prestações

Considerada a fundamentalidade dos direitos sociais, passa-se ao exame da eficácia das normas definidoras de direitos sociais a prestações. De início, é preciso reconhecer que todo e qualquer preceito da Constituição é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte. Não há, portanto, normas constitucionais sem eficácia.

Nessa direção, há deveres do Estado impostos por normas, ainda que de caráter programático. Estes deveres podem ser de efeito imediato e também ligados à realização progressiva de cada direito. Podem ser mencionados como de efeito imediato o dever de proteção negativa, ao reconhecer a garantia de proteção aos titulares contra ação estatal que viole os direitos sociais, e o dever de igual proteção e não-discriminação, ao impor que, se um grupo é beneficiado por direitos sociais, em função do tratamento igualitário, outros grupos podem também ser beneficiados, salvo diferenças justificadoras. Como efeito ligado à realização progressiva de cada direito, menciona-se especialmente a vedação do retrocesso, que proíbe qualquer medida estatal que prejudique a realização dos direitos sociais, isto é, que implique em regresso³⁰³.

³⁰² Sarlet, *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, 2001, p. 20-21.

³⁰³ Curtis, *Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: breve exploração*, 2008, p. 491-512. Sobre a vedação do retrocesso, menciona-se o magistério de Canotilho e Moreira (1991, p. 131): “as normas constitucionais que

Observa-se, porém, que dois fatores estão intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade: a função precípua do direito social atribuída pela Constituição (isto é, se direito de defesa ou prestacional) e a forma de sua positivação (por exemplo: se normas programáticas ou que conferem direitos subjetivos; ou, se normas de eficácia plena, contida ou limitada)³⁰⁴.

Esse estudo, por ser a discussão relativa aos direitos de defesa caracteriza por menor tensão, voltar-se-á para o exame da eficácia das normas de direitos sociais de caráter prestacional. Para tanto, será examinado inicialmente o conceito de suporte fático e sua aplicação aos direitos sociais, seguido do estudo do problema da eficácia, tanto de uma perspectiva teórico-jurídica quanto jurídico-positiva na Constituição brasileira de 1988.

3.4.1 O suporte fático dos direitos sociais

Embora pouco mencionado no direito constitucional brasileiro, o conceito de suporte fático é essencial para a melhor compreensão dos direitos fundamentais, especialmente sob a perspectiva da dogmática analítica. No âmbito dos direitos sociais especificamente, não é menor sua importância.

reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de carácter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, impondo uma ‘proibição de retrocesso’, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este ‘transforma-se’, nessa medida, em ‘direito negativo’ ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”. Estes mesmos autores destacam outros efeitos das normas programáticas, que, embora não assegurem direitos subjetivos diretamente aos cidadãos, prestam-se para conferir fundamento constitucional para ações e medidas estatais que, sem elas, poderiam não ser constitucionalmente lícitas, e consubstanciam valores constitucionais que orientam a interpretação de outras normas constitucionais (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 128).

³⁰⁴ Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 257-260.

O suporte fático pode ser conhecido a partir de suas duas modalidades básicas: o suporte fático abstrato e o concreto. O primeiro é formado por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica; isto é, ao ser preenchido o suporte fático, a consequência jurídica é ativada. O suporte fático concreto, de seu turno, é a ocorrência no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma, em abstrato, atribuiu relevância jurídica. Nessa direção, da configuração do suporte fático depende a aplicação dos direitos fundamentais, tanto para a subsunção, quanto para o sopesamento ou a concretização³⁰⁵.

Examinando o conceito de suporte fático no campo dos direitos de defesa, Alexy propõe que o conceito deve ser composto por dois elementos: o bem protegido e a intervenção, podendo ser apresentado a partir de duas “leis de intervenção”. A primeira determina que “todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental são *prima facie* proibidas pelo direito fundamental”. A segunda, que “todas as medidas que sejam intervenções em um bem protegido por um direito fundamental, e que não sejam justificadas por uma restrição, são definitivamente proibidas pelo direito fundamental”³⁰⁶. Observa-se que a primeira lei é mais abrangente que a segunda, haja vista que nesta as medidas proibidas são apenas aquelas que não são justificadas por uma restrição.

O suporte fático, nesse sentido, presta-se como condição para a aplicação da consequência jurídica, a exemplo do reconhecimento da inconstitucionalidade. No entanto, não é a única. Se o suporte fático pode ser considerado como uma condição positiva (isto é, deve estar presente), a ele é necessário acrescentar a noção de restrição, uma condição negativa.

³⁰⁵ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 67-68.

³⁰⁶ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 306.

Para Alexy, as restrições a direitos fundamentais constituem o lado negativo das normas de direitos fundamentais, uma vez que são aquilo que conduz a uma exclusão da proteção do direito fundamental³⁰⁷. Por exemplo, uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, surge uma não-liberdade definitiva³⁰⁸. Desse modo, para que a consequência jurídica definitiva de um direito fundamental ocorra, o suporte fático deve ser preenchido e a cláusula de restrição, não³⁰⁹.

Esta teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, todavia, recebe críticas da doutrina brasileira. Para Silva, o problema da definição de Alexy reside na compreensão do suporte fático apenas como a junção de dois elementos: o âmbito de proteção e a intervenção estatal. Segundo o autor brasileiro, deve-se levar em consideração não dois, mas quatro elementos, apontados a partir das indagações sobre o que é protegido, contra o que é protegido, qual a consequência jurídica que poderá sobrevir e o que é necessário para que a consequência ocorra. Assim, além de haver alguma restrição ao bem protegido (por exemplo, liberdade religiosa) realizada por alguém (Estado), a violação do direito fundamental e a consequência jurídica cabível (por exemplo: declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*) somente ocorreriam se ausente fundamentação constitucional que permitisse ou determinasse tal restrição. A ausência de fundamentação, portanto, é um elemento do suporte fático³¹⁰.

Entretanto, não pode prevalecer a referida crítica. Em primeiro lugar, porque o próprio autor brasileiro diferenciou suporte fático e

³⁰⁷ Ibidem, p. 301.

³⁰⁸ Ibidem, p. 283.

³⁰⁹ Ibidem, p. 308.

³¹⁰ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 70-74.

consequência jurídica (quando apresentou a distinção entre suporte fático abstrato de concreto), não podendo a consequência ser elemento integrante daquele. Se comparado com o direito penal, o suporte fático abstrato é equivalente ao tipo legal, como bem salienta o autor³¹¹, onde são previstos os elementos objetivos (como verbo-núcleo e resultado) e os elementos subjetivos (como dolo, culpa ou elemento subjetivo especial), do qual não é elemento a sanção penal, de modo que, do suporte fático não pode ser elemento a consequência jurídica. Como o próprio nome demonstra, é um resultado da ocorrência do suporte fático, isto é, da verificação de seus elementos.

No tocante à ausência de fundamentação constitucional, esta não é necessariamente elemento integrante do conceito de suporte fático. A ausência de fundamentação constitucional pode compreender uma segunda etapa de análise, à semelhança da antijuricidade no conceito tripartido de delito. A fundamentação constitucional, por isso, constitui uma causa excludente da ilicitude da conduta, tornando, por exemplo, a intervenção estatal na liberdade de locomoção legitimada. Sob outra perspectiva, ocorrido o suporte fático, a ausência de fundamentação constitucional para a conduta restritiva de direito fundamental é condição de aplicabilidade da consequência jurídica, e não elemento integrante do suporte fático.

Ressalva-se, porém, que assim como no direito penal pode-se distinguir “tipo” de “delito”, ou ainda, prática de fato descrita como crime e prática do crime, pode-se distinguir também no campo do direito constitucional o suporte fático *lato sensu* e *stricto sensu*. O primeiro pode ser comparado ao conceito de delito (fato típico, antijurídico e culpável), que é o fundamento para a consequência jurídica, ao passo que o segundo é comparável ao conceito de tipo, que é o elemento básico para a configuração do delito. A ausência de fundamentação constitucional não é

³¹¹ Ibidem, p. 65-66.

elemento do suporte fático em sentido estrito, mas apenas do suporte fático em sentido amplo, sendo elemento deste o suporte fático em sentido estrito (âmbito de proteção e intervenção) e a cláusula de restrição, ou melhor, o não preenchimento de uma cláusula de restrição.

No campo dos direitos sociais, o mesmo raciocínio é aplicável. No entanto, não há que se falar em intervenção como elemento do suporte fático. Acompanha o âmbito de proteção não a intervenção, mas a ausência de intervenção ou intervenção deficiente.

Alexy menciona o exemplo do tratamento igualitário (em qualquer âmbito), apontando a seguinte formulação para o suporte fático com a restrição: “se uma ação estatal x constitui um tratamento desigual, e se não houver razão suficiente para a permissibilidade desse tratamento desigual, então, a realização de x é proibida”³¹². Veja-se, portanto, que se não há razão suficiente para o tratamento desigual (condição negativa), havido tal tratamento (condição positiva), deve ocorrer a consequência jurídica (conferir o mesmo tratamento ou reconhecer sua inconstitucionalidade)³¹³.

Nesse mesmo sentido, a proteção de direitos sociais implica uma exigência de ações estatais, mas somente ações que fomentem a realização desses direitos. Há, portanto, uma inversão dos elementos em relação aos direitos de liberdade. Nestes, o direito à não intervenção e a ocorrência de

³¹² Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 430.

³¹³ A esse respeito: “A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.” (STF, Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 2716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-2007, Plenário, *DJE* de 7-3-2008); “A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado, quando, no exame de prévia atividade jurídica em concurso público para ingresso no MPF, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida.” (STF, Mandado de Segurança n. 26.690, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-2008, Plenário, *DJE* de 19-12-2008).

intervenção compõem o suporte fático. Naqueles, o direito à intervenção e a ausência ou insuficiência da intervenção o compõem³¹⁴.

Havido o preenchimento do suporte fático, e inexistente uma fundamentação constitucional para a restrição do direito social (isto é, para sua não realização), é ativada a consequência jurídica, que consiste no reconhecimento de um direito definitivo à realização dessa ação. Em suma, se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social e a inércia ou insuficiência estatal em relação a x não é fundamentada constitucionalmente, então a consequência jurídica deve ser o dever de realizar x³¹⁵.

Desse modo, o conteúdo dos direitos sociais está intimamente ligado a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito, assim como acontece com qualquer outro direito. Esse complexo de fundamentações que participam da configuração do suporte fático, portanto, aponta qual é o conteúdo essencial de um direito social. Restrições que não estejam previstas a partir desse complexo são inconstitucionais, ferindo o conteúdo essencial do direito³¹⁶.

³¹⁴ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 77.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 78.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 205-206. A noção de “conteúdo essencial” ou “conteúdo mínimo” advém da tradição constitucional alemã, e consiste no nível mínimo de obrigação de um Estado no que se refere a um serviço ou benefícios relacionados ao bem-estar e à promoção da dignidade humana, e compreendem o acesso à alimentação, moradia e assistência social às pessoas necessitadas (COURTIS, 2008, p. 504). Sobre o problema da dificuldade de determinação do suporte fático dos direitos sociais, cf. Starck, *Direitos sociais*, 2009, p. 287-289.

3.4.2 Eficácia das normas de direitos sociais

Embora a compreensão do conceito e da fundamentalidade dos direitos sociais seja importante, maior destaque ganha no atual cenário o problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações. Como visto anteriormente, a doutrina aponta a existência de duas modalidades de eficácia: a jurídica e a social. Eficácia jurídica é a possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos com a geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes; já a eficácia social consiste na real obediência e aplicação no plano dos fatos, também denominada de efetividade. Os comentários seguintes limitar-se-ão ao exame da eficácia jurídica e à aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais sociais.

Que os direitos sociais são direitos fundamentais é inegável, seja porque se destinam a prover o homem de meios de subsistência, seja por que evidenciam o grau de democracia no Estado. No direito constitucional brasileiro, os direitos sociais são formalmente reconhecidos como fundamentais, uma vez que incluídos no Título II da Constituição Federal. Contudo, indaga-se se qual é ou deve ser a eficácia reconhecida às normas que os definem.

Quanto a essa questão, Silva³¹⁷ aponta a existência de objeções levantadas por parte da doutrina que negam aos direitos sociais a eficácia plena ou a aplicabilidade imediata, por diferentes razões.

A primeira delas reside no entendimento de que os direitos de liberdade se beneficiam da tutela constitucional diretamente, o que impede a eficácia plena dos direitos sociais. Verifica-se, assim, que os direitos sociais são limitados pelos direitos individuais, adotando-se uma interpretação restritiva.

³¹⁷ Silva [José Afonso da], *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais*, 2005, p. 4-8.

Outro argumento que pode ser mencionado refere-se ao princípio da separação dos poderes. Quando se concebe os direitos sociais como prestações positivas do Estado, em verdade não há como estes se realizarem na prática, a não ser quando o Estado executa o programa que possibilita sua satisfação concreta. Nessa acepção, não se fala em aplicabilidade imediata das normas dos direitos sociais, mas de aplicabilidade progressiva conforme a agenda política estatal.

A terceira razão está relacionada ao problema da eficácia dos direitos diante de terceiros. Entende-se que alguns direitos sociais, especialmente os relativos aos trabalhadores, não constituem meras prestações estatais. O Estado não realiza diretamente as obrigações que derivam desses direitos. Ele impõe a outros sujeitos sua realização, de modo que, por serem os direitos sociais exercidos unidirecionalmente, isto é, pelo indivíduo em face dos poderes públicos, não há que se falar em respeito a tais direitos por terceiros. Assim, somente seria possível aplicação direta daquelas normas definidoras de direitos que não dependem da atuação de terceiros.

Opõe-se também à idéia de que as normas de direitos sociais sejam de aplicabilidade imediata Zippelius³¹⁸, por defender que em casos nos quais a ação estatal deve criar os fundamentos materiais para o desenvolvimento da liberdade individual, a justiça social não pode ser convertida em direitos subjetivos exigíveis por via de ação judicial. Argumenta, a exemplo do direito ao trabalho, que sua exigência judicial somente seria possível em uma economia socialista de administração central. Em uma democracia pluralista, contudo, a oferta de emprego não está sujeita à disposição estatal, mas é regulada de acordo com as leis do mercado. Nesse caso, o Estado pode intervir de forma orientadora e incentivadora, mas apenas de maneira limitada. Mantém-se também as

³¹⁸ Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 1997, p. 460-461.

normas programáticas vinculativas, como atuar, na medida do possível, no sentido de alcançar o pleno emprego, mediante subsídios ou incentivos.

Cunha Júnior³¹⁹ apresenta argumentação referente à necessidade da *interpositio legislatoris* para a conformação do conteúdo e do alcance das prestações que constituem o objeto dos direitos fundamentais sociais. Afirma-se que são cláusulas tão genéricas que esses direitos não podem fundamentar diretamente pretensões exigíveis judicialmente. Dessa maneira, não se apresentam como direitos imediatamente desfrutáveis pelo cidadão, senão quando conformados pelo legislador, sendo, portanto, direitos sociais derivados à prestação³²⁰.

Parte outra da doutrina, em sentido contrário aos argumentos anteriormente esboçados, sustenta que as normas definidoras de direitos fundamentais sociais são dotadas de eficácia (grau de eficácia a depender de alguns fatores) e aplicabilidade imediata, nos termos seguintes.

De acordo com o modelo apresentado por Alexy³²¹, os indivíduos possuem direitos fundamentais sociais de modo definitivo, conforme a

³¹⁹ Cunha Júnior, *A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível*, 2008, p. 371-372

³²⁰ Esse mesmo argumento é mencionado por Curtis (2008, p. 489), ao destacar a existência de uma suposição geral de que os direitos econômicos, sociais e culturais não seriam justiciáveis como categoria em virtude de alguma impossibilidade inerente de definição de seu conteúdo, que os tornaria incertos e vagos.

³²¹ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 511-512. Sobre o mínimo existencial, destacam Sarlet e Figueiredo (2010, p. 20-21) que, na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi Otto Bachof, diante da ausência de previsão expressa no texto da Lei Fundamental da Alemanha de 1949. Considerou Bachof que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, por meio da garantia de recursos materiais para uma existência digna. Um ano depois, em 1954, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, e cerca de duas décadas depois, o Tribunal Constitucional Federal consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. Na doutrina alemã contemporânea (especialmente em H. F. Zacher), entende-se que a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial

ponderação de princípios. No entanto, esses direitos são garantidos apenas relativamente, tendo em vista a possibilidade de serem restringidos diante de eventual colisão de princípios constitucionais, respeitando-se os “direitos sociais mínimos”, a exemplo dos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média e a um patamar mínimo de assistência médica que são necessária e definitivamente garantidos a cada indivíduo.

Sarlet³²² defende idéia semelhante, por compreender que embora sejam todas as normas consagradoras de direitos fundamentais dotadas de eficácia, o *quantum* da prestação carece de determinação. Apesar disso, assegura o jurista que o patamar mínimo de garantia deve ser preservado, pois ao Estado compete assegurar a proteção das condições existenciais mínimas, estabelecidas em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana³²³.

No mesmo sentido dos anteriores, Sarmento³²⁴ assegura que, diante da necessidade de ponderação de princípios, deve-se respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para ele, há um conteúdo mínimo destes direitos que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do direito, de modo que o núcleo essencial traduz o “limite dos limites”, ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição.

Essa discussão não se restringe ao âmbito da teoria jurídica. No plano do direito internacional, de um lado, segundo o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966 e aprovado pelo Congresso Nacional

do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações.

³²² Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2010, p. 280-281.

³²³ *Ibidem*, p. 349.

³²⁴ Sarmento, *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, 1999, p. 60.

brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 226-1991, os direitos civis e políticos são auto-aplicáveis ao passo que os direitos sociais, econômicos e culturais são programáticos, sendo direitos que demandam aplicação progressiva. Isso porque não podem os direitos sociais ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um mínimo *standard* técnico-econômico, um mínimo de cooperação econômica internacional, fazendo-se necessária a colocação dos mesmos como uma prioridade na agenda política nacional. Em outras palavras, o Pacto conhece os direitos sociais como normas de eficácia limitada. De outro lado, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-parte de assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo, o *minimum core obligation*, relativamente a cada direito enunciado no Pacto, cabendo aos Estados o dever de respeitar, proteger e implementar tais direitos³²⁵.

No âmbito do direito constitucional brasileiro, escoreta é a posição de Barroso³²⁶, ao considerar que “é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”. Isso porque o artigo 5º, §1º reconhece a aplicabilidade *imediata* de *todos* os direitos fundamentais, e os direitos sociais fazem parte desse rol³²⁷. Entretanto, questão outra é conhecer a

³²⁵ Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2006, p. 170. A respeito do reconhecimento da eficácia dos direitos sociais na jurisdição de outros Estados, cf. Lima, *Efetivação Judicial dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais*, 2005. Curtis (2008, p. 489), contra àquela suposição geral de que os direitos econômicos, sociais e culturais não são justiciáveis, apresenta o argumento relativo à evidência de quase um século de funcionamento de tribunais do trabalho e de jurisprudência maciça em área como seguridade social, saúde ou educação perante tribunais de todas as regiões do mundo.

³²⁶ Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2009, p. 102.

³²⁷ Em sentido contrário: “Participação nos lucros. Art. 7º, XI, da CF. Necessidade de lei para o exercício desse direito. O exercício do direito assegurado pelo art. 7º, XI, da CF começa com a edição da lei prevista no dispositivo para regulamentá-lo, diante da imperativa necessidade de integração. Com isso, possível a cobrança das contribuições

extensão, em que medida esses direitos devem ser garantidos, problema que segue agudo.

O Supremo Tribunal Federal, em relação a essa questão, no Mandado de Injunção 721-7 Distrito Federal com decisão publicada em 30 de novembro de 2007, admitiu a possibilidade de se tutelar os direitos e liberdades constitucionais mediante decisão judicial em face da omissão inconstitucional do Legislativo. O voto do ministro Eros Grau destacou que, vencido o prazo sem a edição da norma regulamentadora, aqueles cujo direito não é exercitado por falta de norma e que vêm ao Poder Judiciário pedir que lhes assegure o exercício do direito, por via de mandado de injunção, podem ter a garantia do exercício do direito previsto na Constituição, caso em que o Tribunal, em conhecendo de reclamação, decide a hipótese concreta³²⁸.

Nesse sentido, é possível concluir que os direitos sociais, por serem dotados de fundamentalidade e por guardarem estreita relação com o modelo de Estado adotado pelo constituinte originário no Brasil (o Estado

previdenciárias até a data em que entrou em vigor a regulamentação do dispositivo.” (STF, Recurso Extraordinário 398.284, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, *DJE* de 19-12-2008). E também: STF, Recurso Extraordinário 393.764-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-11-2008, Primeira Turma, *DJE* de 19-12-2008.

³²⁸ “Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991.” (STF, Mandado de Injunção n. 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-8-2007, Plenário, *DJ* de 30-11-2007). Nesse mesmo sentido: STF, Mandado de Injunção n. 795, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-4-2009, Plenário, *DJE* de 22-5-2009; STF, Mandado de Injunção n. 788, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 15-4-2009, Plenário, *DJE* de 8-5-2009.

Social e Democrático de Direito), devem ser considerados como diretamente aplicáveis e dotados de máxima eficácia. No entanto, como ocorre com qualquer princípio constitucional é imperioso reconhecer a necessidade de se ponderar os princípios definidores de direitos sociais com outros princípios constitucionais, observados os parâmetros materiais abaixo indicados. De todo modo, portanto, há direitos originários a prestações fáticas na Constituição Federal³²⁹ que não dependem, necessariamente, da *interpositio legislatoris*, embora possam sofrer restrições pelo legislador (eficácia contida), desde que não se trate de um direito definitivo (por exemplo, jornada máxima de trabalho) ou do núcleo essencial de um direito (por exemplo, educação básica).

3.4.3 Parâmetros para a judicialização dos direitos sociais

Os direitos sociais são garantidos em normas com estrutura de princípios ou de regras. Quando há determinação de condutas específicas a serem adotadas pelo Estado ou terceiros (direitos sociais como direitos de defesa), existe a consagração de uma regra definidora de direito social. Caso seja uma norma com conteúdo finalístico, apontando para um estado ideal de coisas, tem-se um princípio. Dos diversos enunciados normativos especialmente do artigo 7º da Constituição Federal podem ser extraídas regras como aquela que determina a jornada máxima de trabalho ou que impõe a remuneração do repouso semanal. São direitos subjetivos definitivos, que devem ser garantidos, salvo exceções admitidas pela própria Constituição. No entanto, direitos sociais, como o direito à moradia

³²⁹ “Afirma-se a existência de *direitos originários* a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos” (CANOTILHO, 1993, p. 543).

ou educação, são direitos subjetivos apenas *prima facie*, uma vez que podem ser ponderados com outros princípios constitucionais, como o princípio da liberdade. O resultado da ponderação, no entanto, é uma regra que estabelece um direito definitivo para todas as situações semelhantes. Essa regra opera como restrição a direito fundamental³³⁰.

Contudo, falar em ponderação desacompanhada de *standards* que a estructurem e limitem pode dar origem a uma “caixa preta”, da qual o intérprete pode extrair qualquer solução, convertendo-se em puro decisionismo³³¹. Por essa razão, a referida ponderação entre princípios, que possibilita a concretização judiciária dos direitos sociais, deve observar alguns parâmetros materiais.

Em primeiro lugar, deve ser reconhecida a limitação do Judiciário em sua atuação perante pedidos envoltos de direitos sociais. Seria impossível ou indesejável atribuir ao Judiciário a possibilidade garantir a concretização de todos os direitos sociais em toda a sua amplitude. Sua atuação deve limitar-se à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)³³².

Como segundo parâmetro, a atuação do Judiciário deve ser restringida aos hipossuficientes. Nessa direção, é afirmado que os direitos sociais a prestações somente podem ser exigidos judicialmente na medida em que seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios, sem inviabilizar a garantia de outras necessidades básicas³³³.

³³⁰ Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 283.

³³¹ Sarmiento, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, 2008, p. 568.

³³² Souza Neto, *A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros*, 2008, p. 535.

³³³ *Ibidem*, p. 539.

No terceiro lugar, aponta-se o reconhecimento da unidade de seu sistema, isto é, da relação que o direito mantém com o restante dos direitos sociais também garantidos pela ordem constitucional brasileira. Em diversos contextos, os direitos sociais são intercambiáveis. *Verbi gratia*, se um indivíduo está desempregado, sem condições de ver supridas necessidades relacionadas à saúde, alimentação, educação, o Judiciário, ao invés de determinar a abertura de um posto de trabalho, deve assegurar prestações públicas de cunho assistencial necessárias à garantia da dignidade humana. Desse modo, o Judiciário não deve observar cada direito social particularmente, mas como unidade³³⁴.

Pode-se apontar também como parâmetro o nível de investimento da Administração Pública em políticas sociais. Nesse sentido, se há investimentos consistentes em direitos sociais, sendo o orçamento executado de modo efetivo, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas no setor. Isto é, havendo priorização pelos governos da garantia de direitos sociais, é reforçada a presunção de constitucionalidade de suas opções orçamentárias. No entanto, na medida em que a Administração não realiza semelhante tarefa, o controle jurisdicional deve ser mais intenso³³⁵.

³³⁴ Ibidem, p. 541.

³³⁵ Ibidem, p. 542-543. Em semelhante sentido: “Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º, 23, V; 208, I; e 214, I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo Federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.” (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, DJE de 16-4-2010).

Um quinto parâmetro para a concretização dos direitos sociais é aquele da possibilidade de universalização da medida. Isso significa que um determinado *quantum* de um direito social somente pode ser exigido quando a prestação puder ser universalizada em relação a todos os que não podem arcar com os seus custos, observados os parâmetros anteriores. A judicialização dos direitos sociais deve observar o tratamento igual, isto é, uma medida que não pode ser aplicada a todos os que se encontram na mesma situação deve ser vedada. Enfim, a prestação deve ser universalizável³³⁶.

Esse *standard* é conhecido também como a reserva do possível fática. A expressão “reserva do possível” foi difundida a partir de uma decisão da Corte Constitucional Alemã em 1972 (BVerfGE 33.303), conhecida como *Numerus Clausus*, que tratou da validade da limitação do número de vagas nas universidades públicas diante da pretensão de ingresso de um número maior de candidatos. A Corte reconheceu que o direito à educação se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que poderia o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade³³⁷. Na jurisdição constitucional brasileira, o referido conceito já foi ventilado na decisão monocrática do ministro Celso Mello em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, mas para restringir sua aplicabilidade, ao consignar que:

³³⁶ Souza Neto, *A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros*, 2008, p. 540. Para Lopes (2010, p. 159-162), o problema da escassez dos recursos não pode ser tratado com indiferença pelo Judiciário. Já expressava o brocardo romano que “*impossibilium nulla obligatio est*”, isto é, ninguém é obrigado ao impossível. O que se deve considerar, no entanto, não é a impossibilidade empírica plena, mas sim a impossibilidade econômica técnica, também conhecida como a escassez de recursos. Bens escassos são aqueles que não podem ser usufruídos por todos, de modo que, embora existam condições para sua criação, por motivos variados, a provisão do bem não pode ser feita sem o sacrifício de outros bens. Starck (2009, p. 287) também reconhece o problema da escassez natural dos objetos das pretensões como um limite de todo direito fundamental social.

³³⁷ Sarmento, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, 2008, p. 569.

A cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade³³⁸.

Observa-se que a reserva do possível poderia ser invocada, embora não para afastar plenamente o cumprimento de uma obrigação constitucional. Do ponto de vista processual, a reserva do possível é matéria de defesa, tendo o Estado o ônus da prova de demonstrar que a concessão de determinada prestação deve ser limitada pela reserva do possível, por ser impossível sua universalização³³⁹. A esse respeito, veja-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao descartar o argumento meramente hipotético da reserva do possível:

... não há como concluir que o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo a postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão³⁴⁰.

³³⁸ STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-DF, 29 abr. 2004, Min. Celso Mello. Segundo Wang (2010, p. 359), a partir de 2007, em relação ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal, conforme a tendência apontada pelo julgamento da ADPF 45, vem reconhecendo que os custos dos direitos, em um contexto de escassez de recursos, pode ser uma limitação à proteção judicial de direitos, embora ainda não seja possível afirmar a uniformidade da aplicação dos critérios a todos os casos.

³³⁹ Sarmento, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, 2008, p. 572. Sarlet e Figueiredo (2010, p. 33) acompanham o entendimento de que a impossibilidade material para a tutela do direito social, diante da previsão do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, deve ser comprovada pelo poder público.

³⁴⁰ STJ, Suspensão de Segurança n. 1.408-SP, 08 set. 2004, Min. Edson Vidigal. Sobre a necessidade de comprovação da impossibilidade, veja-se: “Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação

O parâmetro da possibilidade de universalização da prestação, portanto, pode ser considerado quando da ponderação de princípios³⁴¹. Mas, não há que se falar em mera presunção de impossibilidade fática de concretização do direito social. Compete à Administração Pública demonstrar a existência de ações judiciais requerentes de prestações fáticas de mesma natureza e que é impossível atender a todas elas em sua plenitude. Isso, todavia, não exclui o dever da Administração de prover o máximo possível a cada jurisdicionado, conferindo tratamento igualitário³⁴².

Desse modo, os direitos sociais, como quaisquer outros direitos, devem ser realizados na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes³⁴³. Ressalva-se, todavia, que embora o conteúdo dos direitos sociais a prestações não possa ser limitado à garantia do mínimo existencial, quando este estiver em discussão, a reserva do possível, embora seja um dos fatores na ponderação, não pode constituir

objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal” (STJ, Recurso Especial n. 1.136.549-RS AgRg, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 21-06-2010).

³⁴¹ A respeito da relação entre princípios e a reserva do possível, veja-se a lição de Canotilho (1993, p. 534): “princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proibem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica. Assim, por ex., quando no art. 47.º da CRP se garante a liberdade de escolha de profissão ‘salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade’, deparemos já com uma dimensão principal: a liberdade de escolha não se impõe em termos absolutos, dependendo de condições fáticas ou jurídicas (assim, um jovem invisual pode ter acesso à Universidade para obter a licenciatura em direito, mas pode já existir a ‘não possibilidade’, em virtude da sua deficiência física, de acesso ao curso de medicina)”.

³⁴² É interessante notar que a reserva do possível, embora constitua uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, pode atuar também, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando da indisponibilidade de recursos com o intuito de preservar o conteúdo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2009, p. 238).

³⁴³ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 205.

um obstáculo à sua garantia, isto é, à garantia das condições minimamente necessárias para a vida digna³⁴⁴.

Com efeito, o critério da universalidade apresenta uma importante razão que torna dificultosa a justiciabilidade dos direitos sociais: o caráter prioritariamente coletivo desses direitos. Embora existam direitos sociais de titularidade individual, a realização desses direitos deve ser priorizada quando a tutela puder ocorrer coletivamente, para que haja tratamento igualitário³⁴⁵.

³⁴⁴ Sarlet; Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, 2010, p. 36. No mesmo sentido, STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-DF, 29 abr. 2004, Min. Celso Mello (citada anteriormente).

³⁴⁵ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 243. Sob o ponto de vista de uma análise econômica do direito (*Law and Economics*), se é verdade que se deve procurar uma interpretação que garanta ao máximo o respeito aos direitos fundamentais, por outro lado, isso não significa uma leitura de curto prazo, que não reflete sobre o futuro. A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários aos quais tais recursos deveriam atender. Nesse sentido, a ponderação de princípios não pode se dar apenas por meio de um método retórico-discursivo, mas deve haver também uma ponderação concreta, comprometida não só com a disputa argumentativa (o melhor argumento apresentado), mas também com o resultado. Para tanto, a ciência econômica pode oferecer importantes contribuições para o intérprete e aplicador do direito. Uma delas é a consideração da decisão judicial sob a perspectiva da eficiência. Esta significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços. Busca-se, portanto, o ótimo, evitando desperdícios, de modo que a solução deve buscar atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas necessitadas dos recursos sociais. Processualmente, o meio mais adequado para tanto são as ações coletivas, porquanto os direitos não devem ser apropriados por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade (TIMM, 2010, p. 53-61). No entanto, sob o ponto de vista de uma teoria dos sistemas, a necessidade de o juiz levar em consideração elementos do sistema político ou econômico pode representar o enfraquecimento da função do sistema jurídico, uma vez que haverá a corrupção de seu código binário (lícito-ilícito). Isso porque o direito passaria a ser utilizado para resolver problemas para os quais seu código não pode oferecer respostas ou é absolutamente inadequado (CAMPILONGO, 2002, p. 99-100). Ressalta-se, todavia, que é possível examinar o problema da escassez sem que se recorra a análises próprias da economia ou política. Trata-se do exame de razoabilidade e proporcionalidade. Razoabilidade indica a qualidade de razoável, adjetivo de raiz latina derivado da palavra razão (*ratio*), sendo alguns de seus significados: logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado e sensato. A seu turno, o princípio da proporcionalidade determina a análise do equilíbrio entre meios e fins, especialmente no tocante à adequação dos meios tendo

Além da modalidade fática da reserva do possível, pode-se mencionar também a reserva do possível jurídica. Esta não se refere à possibilidade de universalização da medida, mas se identifica com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. O ponto central da discussão diz respeito ao papel do Judiciário diante da insuficiência das verbas previstas na lei orçamentária frente ao princípio da legalidade da despesa³⁴⁶.

A argumentação pode ser polarizada na medida em que se reconhece, de um lado, que é papel do legislador a alocação dos recursos pelo fato de possuir a melhor visão de conjunto das inúmeras necessidades da sociedade que carecem de recursos para a sua satisfação, e de outro, que o juiz não deve se preocupar com a existência ou inexistência de previsão orçamentária para a realização de despesas atreladas a direitos sociais, pois

em vista a aptidão para atingirem determinadas finalidades. Para Humberto Ávila (2009, p. 152), a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto. Enquanto a razoabilidade foi incorporada nos ordenamentos pela influência da *rule of reasonableness*, de origem inglesa, que se sedimentou na criação norte-americana do devido processo legal substantivo, a proporcionalidade é postulado extraído das construções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional alemão depois do período do nacional-socialismo e da Lei Fundamental de Bonn, que dissociou o conceito em três subelementos constitutivos, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação denota ponderação de aptidão que o meio escolhido tem para alcançar o resultado pretendido. Por necessidade ou exigibilidade entende-se a indagação acerca do grau de restrição do meio escolhido em relação aos demais direitos fundamentais. Proporcionalidade em sentido estrito envolve a razoável proporção no equilíbrio ou ponderação entre bens e valores, ou seja, entre a limitação do direito e a gravidade da situação fática. O exame de proporcionalidade, segundo Sarlet (2003, p. 24-25), de um lado, considera que o poder público não pode afetar de modo desproporcional um direito fundamental, prejudicando-o excessivamente (proibição de excesso); de outro, não pode atuar de modo insuficiente, não implementando adequadamente os deveres de proteção (proibição de insuficiência). Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade opera como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, uma vez que a garantia de prestações a um indivíduo não pode resultar em restrições excessivas nos direitos de outro.

³⁴⁶ Sarmento, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, 2008, p. 573.

se trata de efetivação de direitos já consagrados constitucionalmente³⁴⁷ (“*Fiat iustitia et pereat mundus*”)³⁴⁸.

Esses dois pólos apresentam conclusões extremadas, e como tal inadequadas, pois, embora seja necessária a previsão orçamentária, é também necessária a garantia dos direitos fundamentais e inafastável a tutela jurisdicional diante de sua lesão ou ameaça de lesão, de modo que se propõe uma solução intermediária.

Para Sarmiento³⁴⁹, a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses, embora não seja definitivo, porquanto na ponderação o mesmo pode ser superado de acordo com as particularidades do caso. Tal opinião é considerada apropriada, haja vista que, embora deva ser levada em consideração a estratégia legislativa, a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição não poderia ser sujeitada à vontade do legislador infraconstitucional ou do administrador, por serem considerados como direitos fundamentais e por constituírem a base para o exercício dos direitos civis e políticos, ou seja, para existência da própria democracia, para a legitimação do Poder Legislativo e da Administração Pública. Ressalva-se, porém, que a atividade do Judiciário somente é constitucionalmente adequada se, além da verificação de que uma ação

³⁴⁷ No último sentido já se manifestou o ministro Celso de Mello ao julgar Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, ao afirmar que “a falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz... mas apenas o administrador... entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde... ou fazer prevalecer, contra esta prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado,... razões de ordem ética-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção” (STF, Recurso Extraordinário 273.834-RS, DJ 02 fev. 2001, Min. Celso de Mello).

³⁴⁸ Do latim, “faça-se justiça ainda que pereça o mundo”.

³⁴⁹ Sarmiento, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, 2008, p. 573-574.

estatal possa promover um direito fundamental social à prestação, haver também infundada omissão³⁵⁰.

De todo modo, um argumento baseado exclusivamente na separação de poderes, o “mito de Montesquieu”³⁵¹, não pode ser um óbice à atuação do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, uma vez que, no marco da Constituição de 1988, cabe ao Judiciário o controle das ações do Legislativo e da Administração, especialmente no que diz com a implementação dos direitos material e formalmente reconhecidos como direitos fundamentais.

³⁵⁰ Silva [Virgílio Afonso da], *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2010, p. 251.

³⁵¹ Silva [Virgílio Afonso da], *O Judiciário e as Políticas Públicas entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, 2008, p. 589. Sobre o tema: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais” (STJ, Recurso Especial n. 1.136.549-RS AgRg, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 21-06-2010). Semelhantemente: “É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionas, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-DF, 29 abr. 2004, Min. Celso Mello).

CONCLUSÃO

Ao final deste percurso, é possível apontar algumas considerações conclusivas:

1. Da investigação histórica precedentemente desenvolvida, pôde-se precisar o significado histórico dos direitos civis, políticos, sociais e de solidariedade. Após a investigação do surgimento de tais direitos na modernidade, observa-se que os mesmos foram sendo afirmados ao longo dos séculos passados, incorporando-se ao patrimônio comum das nações, sendo de grande relevância as formulações filosófico-políticas, especialmente de inclinação jusnaturalista, bem como as manifestações sociais. São direitos que foram considerados como sendo essenciais para a vida humana com dignidade.

2. De uma perspectiva teórico-jurídica, os direitos fundamentais consistem no conjunto de posições jurídicas atribuídas a todos os indivíduos ou categoria de indivíduos, as quais lhes conferem a proteção especial de determinados bens jurídicos considerados essenciais, visando a concretização da dignidade da pessoa.

3. Na Constituição Brasileira de 1988, os direitos fundamentais são enunciados de forma sistemática nos cinco capítulos do Título II, não excluindo o reconhecimento de outros direitos fundamentais no texto constitucional, ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Esses direitos estão previstos em normas de aplicabilidade imediata, que, quando consagradoras de direitos e garantias individuais e do voto, são protegidas contra emendas constitucionais tendentes à sua abolição. Estão na base do ordenamento jurídico, vinculado todos os indivíduos, todas as

organizações, todos os agentes públicos e todas as outras normas, prevalecendo no caso de conflito.

4. Os direitos fundamentais podem ser classificados, pelos menos, a partir de quatro critérios, a saber: conteúdo, titularidade, posições jurídicas e surgimento histórico. Quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais podem ser classificados como civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. Em relação à titularidade, são direitos individuais, coletivos e difusos. No que diz com as posições jurídicas, podem pertencer ao status passivo (*status subiectionis*), ao status negativo (*status libertatis*), ao status positivo (*status civitatis*) e ao status ativo (status da cidadania ativa). A respeito do surgimento histórico, os direitos fundamentais podem ser classificados sob a perspectiva da teoria das gerações de direitos (primeira, segunda, etc.).

5. A Constituição vigente adota mais de um critério para a sistematização dos direitos fundamentais. No Capítulo I do Título II, o critério é o da titularidade (individuais e coletivos), enquanto que os Capítulos II e IV utilizam o critério do conteúdo (direitos sociais e políticos).

6. Em relação à estrutura normativa dos direitos fundamentais, foi visto que os enunciados normativos, as normas e os direitos se relacionam do seguinte modo: o significado do enunciado normativo, construído pelo intérprete, configura as normas, com estrutura de princípios ou de regras, e estas, por sua vez, definem os direitos.

7. A respeito do conceito das normas de direitos fundamentais, foi visto que as normas de direitos fundamentais são conceituadas como aquelas normas expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição como tais.

8. As normas de direitos fundamentais assumem a estrutura de princípios ou de regras. Os princípios são considerados como normas que estabelecem finalidades com vistas a promover a realização de um estado de coisas, que são complementares entre si (caráter *prima facie*) e que vinculam condutas na medida em que estas sejam consideradas como necessárias para a consecução do fim almejado pela norma. De seu turno, as regras são definidas como normas que descrevem uma conduta a ser praticada, com pretensão de decidibilidade, exigindo-se para sua aplicação a avaliação da correspondência e a observância dos princípios que lhes fundamentam.

9. Em relação ao procedimento da ponderação, pode-se concluir que o mesmo é utilizado tanto na fase de interpretação quanto de aplicação da norma. Na definição das normas (interpretação), ocorre a consideração do peso das razões e contra-razões, isto é, a ponderação de razões, em função da vagueza dos enunciados normativos, e isso em relação tanto às regras (que descrevem de modo imediato comportamentos) quanto aos princípios (que fixam um estado de coisas a ser perseguido). Entretanto, no momento da aplicação, a eleição da norma a ser aplicada exige, para os princípios, que sejam considerados em conjunto os que são pertinentes ao caso (por não terem caráter absoluto, mas apenas *prima facie*), criando-se uma nova norma com caráter de regra que regulará o caso específico e todos os casos que guardem as mesmas características. Para as regras, exige-se que seja verificado se há alguma exceção (seja por regras expressamente previstas ou advindas da ponderação de princípios), para então ser aplicada sua disciplina.

10. Na verdade, trata-se, então, sempre de aplicação de uma regra. O que muda é o processo de seu reconhecimento, isto é, se resulta apenas da ponderação de princípios, em que não há um enunciado normativo específico que a preveja, ou de uma regra extraída de um enunciado

normativo específico, interpretada de modo sistemático (considerando-se as exceções previstas e aquelas advindas da ponderação de princípios). Assim, os princípios são sempre aplicados de modo mediato, pois dependem da regra que resultará da ponderação, e as regras aplicadas de modo imediato. É importante ressaltar que não se trata aqui da eficácia das normas, mas sim das consequências da colisão entre princípios, não se afirmando a necessidade de criação pelo legislador de um enunciado normativo que contenha uma regra específica (*interpositio legislatoris*). É mediato o seu caráter por depender do procedimento da ponderação. Enfim, a discussão principiológica, diante da colisão, é sempre na fase interpretativa. É da ponderação resulta a regra que será aplicada.

11. Em relação à eficácia das normas de direitos fundamentais, foi reconhecido que podem ser de eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena são caracterizadas por serem de aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral. As normas constitucionais de eficácia limitada têm a eficácia reduzida e se subdividem em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e de princípios programáticos, as quais dependem do legislador infraconstitucional para serem aplicadas

12. Na Constituição, a aplicabilidade imediata é conferida a todos os direitos fundamentais, e não apenas às liberdades públicas ou direitos político, bem como a direitos não expressamente consagrados.

13. No tocante ao efeito da reserva de lei sobre a eficácia da norma definidora de direito fundamental, entende-se que não pode ser torná-la de eficácia limitada, o que resultaria em sua aplicabilidade mediata. É apenas a possibilidade jurídica criada pelo constituinte para a restrição, e não uma restrição em si, competindo ao judiciário fixar os critérios para sua aplicação até a edição da lei, não podendo a inércia

legislativa obstar o gozo de um direito previsto em norma definidora de direito fundamental.

14. Em relação aos direitos sociais, inicialmente foi mencionado que podem ser definidos como os direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. No entanto, essa definição não abrange todos os direitos sociais. Existem duas grandes categorias de direitos sociais: aqueles que regulam a relação entre particulares (direitos de defesa) e aqueles que conferem o direito subjetivo a prestações fáticas. Aquela definição presta-se apenas para esta última classe de direitos sociais.

15. Apesar das críticas doutrinárias relacionadas à necessidade de prestações fáticas pelo Estado, em especial as teses da perversidade, da futilidade e da ameaça, pode-se afirmar a função social das normas definidoras de direitos sociais, voltadas para a promoção da eliminação das desigualdades fáticas, que pode ser verificada em textos constitucionais na medida em que o constituinte não apenas impõe determinações negativas à efetivação da igualdade, mas também consagra imposições positivas que vinculam o legislador.

16. No tocante à fundamentalidade dos direitos sociais, esta deve ser reconhecida, pois esses direitos conferem legitimidade ao Estado, ao possibilitar o exercício das liberdades públicas e a existência de real democracia, e porque são dotados de elevada importância para a satisfação das necessidades humanas básicas e, assim, para assegurar a dignidade da pessoa humana.

17. Do texto da Constituição da República de 1988 são extraídas normas definidoras de direitos sociais, os quais são formalmente reconhecidos como direitos fundamentais. Alguns enunciados normativos não trazem direitos juridicamente exigíveis, mas tão somente objetivos.

Mesmo nesses casos, há o reconhecimento de efeitos imediatos (proteção negativa, igual proteção e não discriminação) e relativos à realização progressiva dos direitos (vedação do retrocesso). Entretanto, outros textos claramente prevêem prestações positivas como direitos, ainda que exista certa indeterminação quanto à medida de cada direito. A Constituição confere a estes conteúdos de caráter social a natureza de direitos subjetivos, isto é, que podem ser exigidos pelos indivíduos ou categorias em face do Estado.

18. As normas de direitos sociais que possuem a estrutura de princípios são de eficácia contida. A limitação do conteúdo a ser garantido se dá, enquanto não editadas leis que as regulamentem, pela ponderação de princípios, de cujo procedimento é extraída uma regra. A ponderação de princípios deve ser orientada pelos parâmetros materiais para a judicialização dos direitos sociais, quais sejam: o reconhecimento da limitação da atuação do judiciário; as prestações devem ser destinadas em especial aos hipossuficientes; a unidade do sistema de direitos sociais; o nível de investimento da Administração Pública em direitos sociais; e, a possibilidade de universalização das prestações.

19. Esses parâmetros podem ser compreendidos, de um lado, como a fundamentação constitucional para a restrição do direito social a fim de justificar a inércia ou a insuficiência estatal diante da garantia plena de um direito social, ou, de outro, os parâmetros operam como o fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão estatal. Há que se ver, portanto, se há ou não há fundamento constitucional para a omissão estatal.

20. Em suma, se uma ação estatal que fomenta a realização de um direito fundamental social não for praticada, e essa inércia ou insuficiência estatal em relação à ação requerida não é justificada constitucionalmente, então a consequência jurídica deve ser o dever de realizar tal ação, sendo o

quantum da prestação definido a partir da ponderação de princípios, observados os parâmetros mencionados.

BIBLIOGRAFIA

ADAMS, Ian; DYSON, R. W. **Cinqüenta pensadores políticos essenciais:** da Grécia antiga aos dias atuais. Trad. Mario Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Malheiros: São Paulo, 2008.

ARISTÓTELES. **Política.** Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

ASSMANN, Selvino José. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, de Olympe de Gouges:** Apresentação e tradução. In: Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis, v. 4, n. 1, Florianópolis, jan. e jun. de 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social:** atualidade do debate sobre o Direito, Estado e Economia na República de Weimar. 2003. 172f. Tese de Livre-Docência - Departamento de Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BEVERIDGE, William. **Social insurance and allied services (report)**. London: His Majesty's Stationery Office, 1942.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Barueri: Manole, 2005.

BIX, Brian. **Robert Alexy's Radbruch Formula, and the Nature of Legal Theory**. In: *Rechtstheorie*, vol. 37, p. 139-149, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com>>. Acesso em: setembro de 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

_____. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. 15ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. O homem funcional. Capitalismo, propriedade, papel dos Estados. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos On-Line**, 2009. Disponível em: www.ihu.unisinos.br. Acesso em: 25 de agosto de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil**. *Estud. av.* [online]. 2000, vol.14, n.40, pp. 155-176. ISSN 0103-4014.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**: uma gramática da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BULLIET, Richard W. et. al. **The Earth and Its Peoples: A Global History: Since 1500. Vol. II.** Boston: Houghton Mifflin Company, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª Edição Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Portugal: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CERDA, José Manuel. **1188 and all that: an intense parliamentary year in Europe.** In: 57th International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions – ICHRPI Conference: Representative and Parliamentary Institutions in the World, from Middle Ages to Present Times. Paris: ICHRPI, 4-8 set. 2006. Anais... p. 569-580.

CONDORCET, Marie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat, Marquês de. **The First Essay on the Political Rights of Women:** A Translation of Condorcet's Essay "Sur l'admission des femmes aux droits de Cité", 1790 (On the Admission of Women to the Rights of Citizenship), por Dr. Alice Drysdale Vickery. Letchworth: Garden City Press, 1912.

CONSANI, C. F. O papel da deliberação democrática no plano constitucional de Condorcet. **ethic@** - Revista Internacional de Filosofia Moral (UFSC). Florianópolis v. 9, n. 1, p. 59 – 75, Jun 2010.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, Nº. 2. Porto Alegre: UFRGS/L&PM, 1985, p. 9-25.

CORREAS, Carlos I. Massini. **Filosofia del Derecho**: el Derecho y los Derechos Humanos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 87-136.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 487-513.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução Histórica e Fundamentos Político-Jurídicos da Cidadania. In: JÚNIOR, Arno Dal Ri (org.) e OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). **Cidadania e Nacionalidade**: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais. 2ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 118-136.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EICHNER, Carolyn Jeanne. **Surmounting the barricades**: women in the Paris Commune. Bloomington: Indiana University Press, 2004.

FALCÃO, D. Manuel Franco. *Rerum Novarum*. In: **Enciclopédia Católica Popular**. Paulinas. Disponível em: www.ecclesia.pt/catolicopedia/. Acesso em: 20 de agosto de 2010.

FEINBERG, Joel. **Filosofia Social**. Trad. Alzira Soares da Rocha e Helena Maria Camacho. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito**: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos**

Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 5-24.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico**. Tradução do capítulo para o espanhol de Rafael Alcácer Guirao. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 37-52.

HIRSCHMAN, Albert Otto. **A retórica da intransigência:** perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005.

LEÃO XIII, Papa. Carta Encíclica “*Rerum Novarum*” do Papa Leão XIII sobre a condição dos operários. Versão portuguesa. **Vaticano**. Disponível em: www.vatican.va. Acesso em: 20 de agosto de 2010.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. 2005. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Civil Government** [1689]. Edição de Thomas Hollis, 1764. Versão eletrônica por The University of Adelaide Library. Disponível em www.adelaide.edu.au. Acesso em 19 de janeiro de 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LOPEZ, Adriana; MOTA, Carlos Guilherme. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2008

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª Edição. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**. Apresentação de Silvio L. Sant'Anna. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MILL, John Stuart. On Liberty. In: HUTCHINS, Robert Maynard (ed.). **Great books of the Western World: American State Papers, The Federalist, J. S. Mill**. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc., 1952a, p. 263-323.

_____. Representative Government. In: HUTCHINS, Robert Maynard (ed.). **Great books of the Western World: American State Papers, The Federalist, J. S. Mill**. Vol. 43. Chicago: Encyclopedia Britannica, Inc., 1952b, p. 324-442.

_____. **The Subjection of Women** [1869]. Electronic Classic Series, 2006, por The Pennsylvania State University. Disponível em www.psu.edu/. Acesso em 22 de maio de 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOON, S. Joan. **Woman's rights in France**. In: Encyclopedia of Revolutions of 1848, edição eletrônica, 2004. Disponível em www.ohiou.edu. Acesso em 28 de junho de 2010.

MORALES, M. C. Patricia. UNESCO's Philosophy of "intellectual and moral solidarity" in attaining peace. **On-line UNESCO**. Disponível em:

www.onlineunesco.org/UNESCO%27s%20Philosophy.html. Acesso em: Maio de 2010.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5ª ed. Barueri: Manole, 2004.

PAINE, Thomas. **Common sense** [1776]. Edição de Moncure Daniel Conway, 1894. Versão eletrônica por Gutenberg Project. Disponível em www.gutenberg.org. Acesso em 20 de janeiro de 2010.

PAULO II, Papa João. Carta Encíclica “*Redemptor Hominis*” do Papa João Paulo II. Versão portuguesa. **Vaticano**. Disponível em: www.vatican.va. Acesso em: 20 de agosto de 2010.

PAREKH, Bhikhu. **Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory**. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

PEREIRA, Cícero Rufino. **Efetividade dos direitos humanos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

PEREIRA, Rodrigo Rodrigues; DANIEL, Teófilo Tostes. O voto feminino no Brasil. Edição Especial – Dia Internacional da Mulher, 06 de março de 2009. **Procuradoria Regional da República da 3ª Região**, Ministério Público Federal, Notícias. Disponível em www.prr3.mpf.gov.br/, acesso em 05 de agosto de 2010.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 43 n. 169 jan./mar. 2006, p. 101-126.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 137-175.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manole, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. In: Revista Diálogo Jurídico, ano 1, v. 1, n. 1, Salvador, abr. de 2001.

_____. **Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. In: Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 9., 03.10.03, São Paulo, 2003, versão ampliada, 40p.

_____. Direitos sociais como direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 213-256.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 553-586.

SCHAUM, Marlis. Constituição de Weimar era assinada há 90 anos na Alemanha. **Deutsche Welle**, 11 de agosto de 2009. Disponível em www.dw-world.de. Acesso em 22 de novembro de 2010.

SCIACCA, Michele Federico. **História da Filosofia I**: Antiguidade e Idade Média. 3ª ed. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1967.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. Publicado em 2005. **Mundo Jurídico**. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 10 de abril de 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 587-599.

_____. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: alguns parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 515-551.

STARCK, Christian. Direitos sociais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 279-293.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

VASAK, Karel; ALSON, Philip (eds.). **The international dimensions of human rights**. Volume 1. Westpot (EUA) e Paris (Fr.): Greenwood Press e UNESCO, 1982.

VASAK, Karel. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. In: **The UNESCO Courier**, Nov. 1977, Paris (Fr.), UNESCO, 1977, pp. 29 e 32.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Os direitos sociais na Constituição do Brasil**. Texto básico de palestra proferida em Madri, Espanha, na Universidade Carlos III, sob o patrocínio desta e da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, em 10.3.2003. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 15 de setembro de 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2004.

VIÑAS, Antoni Rovira. **El abuso de los derechos fundamentales**. Barcelona: Ediciones Península, 1983.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserve do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WILSON, Fred. John Stuart Mill *in*: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, edição de primavera, 2009. Disponível em <http://plato.stanford.edu>. Acesso em 25 de janeiro de 2010.

WINDELBAND, Wilhelm. **A History of philosophy: with especial reference to the formation and development of its problems and conceptions**. 2ª ed. New York, The Macmillan Company, 1950.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.