

# **A justiciabilidade dos direitos sociais: considerações a respeito da eficácia jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais**

Lucas Konzen\*

## Resumo

O artigo sustenta que os avanços alcançados pelo direito constitucional brasileiro nas últimas décadas tornam insustentável a permanência de certo senso comum referente à justiciabilidade dos direitos sociais, segundo o qual tais direitos supostamente careceriam da prerrogativa de serem invocáveis perante os juízes. Atualmente, a doutrina aceita com maior frequência, que todo direito social suscite, no mínimo, sete efeitos jurídicos. A primeira seção do trabalho dedica-se a reconstituir a trajetória da análise formulada pela doutrina nacional acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais. A segunda, centra o foco na chamada eficácia jurídico-subjetiva dos direitos sociais, conferindo ênfase às dificuldades relacionadas à possibilidade de reconhecimento do efeito jurídico de direito a prestações positivas.

Palavras-chave: Direitos sociais. Justiciabilidade. Eficácia jurídica. Prestações positivas.

## **1 INTRODUÇÃO: O PROBLEMA DA JUSTICIABILIDADE**

A atual Constituição propõe a adoção do modelo de Estado Constitucional de Direito para a República Federativa do Brasil, assumindo a carta

---

\* Università degli Studi di Milano, Itália; lucas.pizzolatto@unimi.it

de 1988 um discurso normativo garantista (CADEMARTORI, 1999, p. 172). No plano formal, depreende-se que o poder público – inclusive o judicial – encontra-se subordinado, em primeiro lugar, aos preceitos constitucionais, e, em segundo lugar, às leis. No plano substancial infere-se que o Estado está comprometido com os direitos fundamentais, restando, de um lado, a proibição de lesar os direitos de liberdade e, de outro, a obrigação de satisfazer os direitos sociais (FERRAJOLI, 1995, p. 856-857). Nesse rumo, a Constituição reconhece a legitimidade e vigência de um conjunto de direitos fundamentais e engloba, entre outros direitos, os civis, os políticos e os sociais.

Um dos traços característicos de qualquer direito positivado, igualmente presente nos direitos fundamentais, é a possibilidade de se dirigir demanda a uma autoridade judiciária, para que seja cumprida a obrigação a ele inerente ou para que sejam impostas sanções pelo descumprimento dos deveres da parte obrigada. Esse traço costuma ser denominado de justiciabilidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 1-2, 28-29). A atuação do juiz diante da violação da norma definidora de direito fundamental consiste em uma garantia secundária em relação a uma garantia primária, esta decorrente da própria obrigação jurídica (negativa ou positiva) correlata ao direito assegurado (FERRAJOLI, 2006, p. 59).

Em geral, aceita-se a ideia de que uma norma jurídica deve ser objeto de interpretação/aplicação por um juiz, quando dispuser de condições para incidir em um caso concreto, ou seja, se os pressupostos de aplicabilidade estiverem preenchidos. Para tanto, ela precisa satisfazer concomitantemente três requisitos: ser legítima, estar em vigor e possuir eficácia jurídica (SILVA, 2004, p. 52). Quando se trata de normas definidoras de direitos fundamentais, não há razão para se pensar que essas condições de aplicabilidade sofram modificação.

Contudo, ao que parece, persiste vigorando no senso comum, tanto no popular quanto no da maioria dos operadores jurídicos, a visão de que os direitos sociais são destituídos de aplicabilidade, supostamente por carecerem de eficácia jurídica. Esses direitos não costumam ser vistos como “verdadeiros direitos”, em patamar igual ao dos direitos civis e políticos, pois careceriam da prerrogativa de serem invocáveis perante os juízes. A teoria que se reflete nessas concepções é precisamente aquela que busca

qualificar os direitos sociais como programáticos, negando-lhes a característica essencial dos direitos: a justiciabilidade.

Este artigo assume o objetivo de mostrar que os avanços na teoria do direito alcançados nas últimas décadas no Brasil, em especial no âmbito do direito constitucional, tornam insustentável a permanência do corrente senso comum referente à justiciabilidade dos direitos sociais. Dessa forma, está organizado em duas seções: a primeira, dedica-se a reconstruir a trajetória da análise formulada pela doutrina nacional acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais; a segunda, centra o foco na chamada eficácia jurídico-subjetiva dos direitos sociais, conferindo ênfase às dificuldades relacionadas à possibilidade de reconhecimento de um efeito jurídico de direito a prestações positivas desencadeado por esses direitos.

## **2 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

A expressão eficácia jurídica, ou simplesmente eficácia, corresponde à qualidade da norma de “[...] produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita.” (TEIXEIRA, 2001, p. 289). Essa categoria vincula-se estreitamente à atividade jurídica do Estado, à medida que a eficácia jurídica é reconhecida por intermédio de atos político-estatais, sejam eles de natureza jurisdicional, administrativa ou legislativa.

Distingue-se a eficácia jurídica da denominada eficácia social, esta última equiparável à categoria efetividade, a qual não será explorada neste estudo. A efetividade “[...] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, 2003, p. 85). Vale lembrar que as normas jurídicas possuem, em regra, natureza contrafática.<sup>1</sup> Em razão disso, “[...] efetividade e falta de efetividade de uma norma jurídica correspondem a pontos extremos, a realidade sugerindo situações intermediárias.” (CARRION, 1997, p. 22). De todo modo, a eficácia jurídica, muitas vezes, constitui condição para que um direito atinja um grau maior de efetividade,<sup>2</sup> residindo nisso sua importância.

A eficácia de uma norma jurídica deve ser interpretada sistematicamente, em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico. Mais do que isso, precisa ser vislumbrada em face de cada ordem constitucional específica. Em princípio, toda norma legítima e vigente necessariamente deve produzir efeitos jurídicos. Contudo, durante muito tempo, essa premissa básica foi alvo de acirradas discussões no Brasil no que se refere às normas constitucionais, especialmente em relação àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais. Perguntava-se e ainda se pergunta: qual é a eficácia jurídica dessas normas?

## 2.1 A DOUTRINA ARCAICA SOBRE A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Responder à indagação acerca dos efeitos jurídicos que os direitos fundamentais deveriam provocar, constitui um dos mais intrincados e instigantes desafios do direito constitucional. Diferentes soluções têm sido propostas, sendo possível detectar uma clara evolução da doutrina nacional a esse respeito. Ao apresentá-las, buscar-se-á não olvidar do contexto que permeia o fenômeno. Afinal, elas são ditadas pelos avanços da hermenêutica, os quais são impulsionados por novas demandas e mudanças de circunstâncias. Por conta disso, a resposta considerada satisfatória aos anseios de hoje pode não corresponder aos de amanhã.

Da Constituição brasileira de 1824 até a de 1969,<sup>3</sup> predominavam no Brasil as posições inspiradas na doutrina clássica norte-americana<sup>4</sup> e italiana,<sup>5</sup> divulgadas principalmente por Ruy Barbosa e Pontes de Miranda.<sup>6</sup> De acordo com eles, as normas constitucionais dividem-se entre as autoaplicáveis e as não autoaplicáveis. As primeiras estariam aptas a desencadear efeitos jurídicos sem a atuação supletiva do legislador, enquanto que as segundas não produziriam quaisquer efeitos, caso isso deixasse de acontecer. Estas seriam normas meramente programáticas e poderiam ser desobedecidas sem acarretar violação da Constituição, ou seja, a legislação ordinária que desrespeitasse as normas não autoaplicáveis não incorreria em inconstitucionalidade. Dessa forma, tais doutrinadores “[...]”

atribuíam às normas programáticas frágil consistência jurídica, na medida em que esvaziavam sua força vinculante, convertendo-as em meras exortações morais.” (PIOVESAN, 1992, p. 67).

Barbosa destaca, entre as disposições autoaplicáveis, aquelas de caráter proibitório, como as que garantem os clássicos direitos individuais.<sup>7</sup> Nesses casos, sustenta a tese de que “[...] nenhuma legislação complementar se requer para que eles operem e obriguem na maior plenitude.” (BARBOSA, 1933, p. 482). No entanto, o autor observa que, apesar de haver muitos “[...] exemplos de prescrições que, completas na fórmula de sua enunciação, não necessitam de medidas legislativas para ter, praticamente, efetividade.” (BARBOSA, 1933, p. 479), a maior parte das normas constitucionais constitui preceitos não autoaplicáveis. Isso ocorre em virtude de o elemento implícito ser mais presente na Constituição do que nas leis ordinárias. Estas “[...] decompõem com mais ou menos miudeza os assuntos”, ao passo que aquela “[...] apenas descreve linhas gerais, e só assinala os grandes traços de organização do país.” (BARBOSA, 1933, p. 479). Por sua vez, Miranda reproduz grande parte dos ensinamentos de Barbosa, adotando terminologia distinta. Alude às normas “bastantes em si” para se referir às disposições autoaplicáveis, denominando de normas “não bastantes em si” os preceitos não autoaplicáveis. As últimas exigiriam regulamentação, sem a qual não poderiam incidir e ser aplicadas (MIRANDA, 1960, p. 110-111).

Se o problema da aplicabilidade das normas constitucionais em essência não era novo, “[...] tornou-se, apenas, mais agudo e complexo como consequência do caráter social e de compromisso das Constituições modernas.” (TEIXEIRA, 2001, p. 298). Em particular, os direitos sociais – ainda incipientes nas cartas constitucionais do período<sup>8</sup> – suscitavam dificuldades hermenêuticas ao jurista brasileiro. Acabavam classificados entre as normas não autoaplicáveis, uma vez que enunciados de modo inequivocamente programático e lidos em uma perspectiva liberal, situação esta que perdurou até a edição da Constituição Federal de 1988.

À época, era compreensível que o fenômeno da aplicabilidade das normas constitucionais fosse visualizado pela doutrina como uma questão de tudo ou nada. No entanto, tal posição revela-se cientificamente insustentável atualmente, em que pese persistir dispondo de defensores. No

caso do direito à moradia, por exemplo, considerá-lo norma não autoaplicável implica afirmar que – após o árduo processo de conquista de sua legitimidade e vigência – ele teria sido positivado de modo a estar inteiramente destituído de eficácia. Uma norma constitucional carente de juridicidade sugere um paradoxo inaceitável. Por outro lado, a negação dessa visão e a classificação do direito à moradia como norma autoaplicável poderia conduzir à conclusão de que é facultado a cada cidadão necessitado, ingressar com uma ação judicial cobrando do Estado o fornecimento de uma residência. O equívoco dessa assertiva reside no desconhecimento da progressividade peculiar à realização dos direitos sociais.

As condições para a superação de tais posicionamentos arcaicos acerca da aplicabilidade das normas foram dadas pela emergência de novos paradigmas em matéria constitucional. De um lado, cabe destacar o surgimento de teorias inovadoras baseadas na afirmação da inexistência de normas constitucionais destituídas de efeitos jurídicos. De outro, merecem menção as alterações operadas no próprio texto constitucional da Nova República.

## 2.2 A DOUTRINA TRADICIONAL SOBRE A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A origem desse movimento pode ser encontrada nas próprias ideias de Barbosa e Miranda. Aquele se limitou a declarar a premissa válida – mas contraditória à concepção por ele sustentada – de que não existem na Constituição “[...] cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.” (BARBOSA, 1933, p. 489)<sup>9</sup>. Miranda (1960), entretanto, foi além e defendeu o reconhecimento da eficácia condicionante produzida por um terceiro tipo de norma constitucional, por ele denominada de “regra programática.”<sup>10</sup> Seria defeso ao legislador futuro, por oportunidade da edição de legislação infraconstitucional integradora, contrariar o programa nela estabelecido (MIRANDA, 1960, p. 112).<sup>11</sup>

O salto qualitativo consolidou-se a partir da estruturação de uma doutrina de vanguarda no Brasil, influenciada fortemente pela obra do italiano Vezio Crisafulli.<sup>12</sup> Coube a José Horácio Meirelles Teixeira<sup>13</sup> o papel de precursor na acolhida das inovações teóricas, enquanto que José Afonso da Silva<sup>14</sup> foi o responsável por disseminá-las de maneira ampla no cenário jurídico nacional. Os expoentes do novo paradigma emergente apregoavam em uníssono que “[...] nenhum dispositivo constitucional é completamente destituído de eficácia jurídica.” (TEIXEIRA, 2001, p. 291).<sup>15</sup> A ruptura paradigmática promovida permitia recolocar a problemática em outros termos. Nas palavras de Teixeira (2001, p. 314):

[...] cada disposição constitucional é sempre executável por si mesma até onde seja, realmente, suscetível de execução, e toda a dificuldade do problema reside, justamente, na determinação desse limite, nessa verificação de quais os efeitos parciais possíveis e imediatos, de cada norma constitucional. [...] A classificação pura e simples das normas constitucionais em normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis está longe de corresponder à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, bem como às necessidades práticas de aplicação das Constituições, especialmente das de nossa época.

Atentando às características que as igualavam – a sempre presente eficácia – e que as distinguiam – o grau de seus efeitos jurídicos –, esses autores propuseram uma nova terminologia para classificar as normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade. Elas dividir-se-iam em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (TEIXEIRA, 2001, p. 317).<sup>16</sup>

Por normas de eficácia plena [...] entendemos aquelas normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Ao inverso, por normas de eficácia limitada [...] devem-se entender aquelas normas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário.

Entre as normas de eficácia limitada, estariam os direitos sociais, os quais, na condição revitalizada de normas programáticas,<sup>17</sup> desde logo disporiam de eficácia, isto é, desde a sua inserção no texto constitucional acarretariam consequências jurídicas. Com isso, o problema passa a ser formulado, repita-se, “[...] não mais em termos de normas com eficácia ou sem eficácia [...], mas agora em termos apenas do grau de eficácia – se plena, se limitada –, e, neste último caso, quais os efeitos concretos das normas de eficácia jurídica limitada.” (TEIXEIRA, 2001, p. 332). Nesse ponto, Teixeira enumera e examina um a um, de modo absolutamente original no direito constitucional brasileiro, os diversos efeitos jurídicos que deveriam ser reconhecidos às normas programáticas: derogatório; condicionante; irradiante; mandamental e de direito subjetivo de defesa (TEIXEIRA, 2001, p. 333-365).<sup>18</sup> Importa assinalar que um “[...] avanço significativo é registrado, já que ineditamente se confere às normas programáticas uma eficácia” considerável (PIOVESAN, 1992, p. 68). Isso implica, em certa medida, a garantia de juridicidade às normas programáticas e aos direitos sociais por elas estabelecidos, ainda que não importe em sua plena justiciabilidade.

Calcados nas bases postas por esse movimento doutrinário de superação de noções arraigadas há décadas no pensamento jurídico nacional, novos progressos no reconhecimento de efeitos jurídicos às normas constitucionais tornaram-se possíveis, ainda que tenham tardado a ocorrer e tenham alcançado avanços bastante tímidos. São exemplos disso as contribuições de Pinto Ferreira, o qual defende a eficácia de cláusula pétrea de determinados preceitos constitucionais – uma das manifestações do efeito de vedação de retrocesso<sup>19</sup> –, e de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto (1982)<sup>20</sup>, cuja obra conjunta busca retomar e repensar alguns dos conceitos difundidos por Silva. Também poderiam ser elencados nessa lista os trabalhos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002) e Maria Helena Diniz (1992). Esta expõe didaticamente as evoluções doutrinárias na matéria e consolida a noção de eficácia de cláusula pétrea (DINIZ, 1992, p. 93-105), enquanto aquele se distingue por trazer à tona uma abordagem diferenciada dos demais em relação ao fenômeno da eficácia jurídica das normas constitucionais. Mello (2002) sugere a possibilidade de se reconhecer o efeito de direito subjetivo a prestações positivas em relação a algumas

normas constitucionais atinentes à justiça social, mormente aquelas que delimitam com exatidão e valendo-se de expressões inelásticas o conteúdo dos direitos que outorgam (MELLO, 2002, p. 149).

### 2.3 A DOUTRINA CONTEMPORÂNEA SOBRE A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Todavia, as condições para a emergência de um segundo paradigma inovador em matéria de eficácia constitucional no Brasil foram dadas pela Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, parágrafo 1º do diploma constitucional, estabeleceu que as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais deveriam ter aplicação imediata. Nesse sentido, o dispositivo em questão corroborou a ideia de que “[...] cumpre ao intérprete e aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos desta o máximo de efeitos possível” (TEIXEIRA, 2001, p. 332), consistindo em um mandado de otimização a exigir dos órgãos estatais o cumprimento da tarefa de estender ao máximo a eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2004a, p. 264).<sup>21</sup> Com base nesse dispositivo, construiu-se uma hermenêutica constitucional diferenciada acerca dos efeitos jurídicos suscitados pelos direitos sociais. Influenciada por lições da doutrina portuguesa, alemã e espanhola, uma nova geração de juristas brasileiros – entre os quais podem ser mencionados os nomes de Luís Roberto Barroso (2003, 2004) e Clèmerson Merlin Clève (2003)<sup>22</sup> – vem reestruturando criticamente a categoria eficácia jurídica no âmbito de uma teoria dos direitos fundamentais.

O caso mais claro desses avanços em direção à justiciabilidade dos direitos sociais encontra-se na obra de *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang (2004a), para quem a dupla fundamentalidade – formal e material – dos direitos fundamentais, assegura-lhes uma normatividade reforçada em relação às demais normas constitucionais (SARLET, 2004b, p. 42). A análise do livro de Sarlet permite propor um quadro teórico arrolando sete efeitos jurídico-objetivos e jurídico-subjetivos que, em tese, deveriam ser desencadeados pelos direitos fundamentais de cunho

social (Quadro 1). Tal quadro, condizente com a justiciabilidade plena dos direitos sociais, considera a premissa de que “[...] no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público.” (CLÈVE, 2003, p. 154).

**EFEITOS JURÍDICO-OBJETIVOS:**

- efeito condicionante;
- efeito derogatório;
- efeito irradiante;
- efeito mandamental;
- efeito de vedação de retrocesso.

**EFEITOS JURÍDICO-SUBJETIVOS:**

- efeito de direito de defesa;
- efeito de direito a prestações positivas.

Quadro 1: Efeitos jurídico-objetivos e subjetivos

Os efeitos jurídico-objetivos são aqueles suscitados pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais em relação às demais normas do ordenamento. Assim, pretendem satisfazer indiretamente os direitos dos cidadãos, protegendo outras normas do sistema capazes de assegurar esses direitos de modo derivado. É possível dizer que essa eficácia objetiva está vinculada à noção de função dirigente exercida pela Constituição em face do restante do ordenamento jurídico de um país (SARLET, 2004a, p. 156).<sup>23</sup> Entre tais efeitos, estão: o efeito condicionante;<sup>24</sup> o efeito derogatório;<sup>25</sup> o efeito irradiante;<sup>26</sup> o efeito mandamental;<sup>27</sup> e o efeito de vedação de retrocesso.<sup>28</sup>

Ao contrário, os efeitos jurídico-subjetivos são diretamente decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais. Por si, possuem o condão de garantir, de modo originário, a satisfação de determinados direitos dos cidadãos. A faceta subjetiva da eficácia dos direitos fundamentais contempla: o efeito de direito subjetivo de defesa e o efeito de direito às prestações positivas. Na próxima seção deste artigo, buscar-se-á

centrar a análise nesses dois efeitos jurídicos, uma vez que em torno deles se concentram hodiernamente as maiores polêmicas no que concerne ao tema da eficácia dos direitos sociais.

### **3 OS DIREITOS SOCIAIS E OS EFEITOS JURÍDICO-SUBJETIVOS**

Em relação aos efeitos jurídico-subjetivos suscitados pelos direitos sociais, cabe uma breve explicação preliminar. Pode-se iniciar afirmando que os seres humanos têm interesses subjetivos de usufruir bens socialmente produzidos. Alguns desses bens que despertam o interesse das pessoas são particularmente relevantes. Casas, leitos hospitalares e vagas nas escolas são alguns exemplos de bens sociais considerados de interesse de todos, por estarem vinculados à satisfação de necessidades humanas básicas. Em razão do valor social desses bens, o ordenamento jurídico busca proteger objetivamente o interesse universal em torno deles, tutelando sua concretização por meio de normas jurídicas.

Ao estudo proposto neste artigo, interessam basicamente duas formas de concretização de interesses: a prestação e a abstenção. As prestações envolvem certos atos e comportamentos positivos que o sujeito espera por parte de terceiros. As abstenções relacionam-se à expectativa do sujeito de não sofrer determinados tipos de interferências por parte de terceiros em suas condutas ou atividades (TEIXEIRA, 2001, p. 343-345). Nessa perspectiva, ter um direito significa que uma norma jurídica assegura a uma pessoa – o sujeito titular deste direito – uma expectativa positiva (ação/prestação) ou negativa (omissão/abstenção), criando sobre outras pessoas ou entidades – sujeitos passivos deste direito – os correspondentes deveres e obrigações (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 1).

Não parece haver dúvidas de que os direitos fundamentais sociais, na condição de normas jurídicas, criam tais expectativas jurídicas subjetivas. No entanto, há uma diversidade de situações jurídicas subjetivas de vantagem<sup>29</sup> passíveis de serem geradas – em uma intensidade crescente de proteção jurídica; essas situações envolveriam interesses juridicamente irrelevantes, simples interesses, expectativas de direito, interesses le-

gítimos, direitos condicionados e, finalmente, direitos subjetivos –, o que implica a necessidade de distinguir quais delas são suscitadas pelos direitos em questão (TEIXEIRA, 2001, p. 345). Porém, no que diz respeito a esse aspecto, somente parece plausível a possibilidade de os direitos fundamentais sociais desencadearem os denominados direitos subjetivos,<sup>30</sup> pois, como já referido, os primeiros constituem normas tuteladas no mais elevado grau pelo ordenamento jurídico, ao menos no que se refere ao caso brasileiro.

Desse modo, os direitos fundamentais sociais, ainda que não desenvolvidos em legislação infraconstitucional, acarretam, ao lado dos efeitos jurídico-objetivos, efeitos de ordem jurídico-subjetiva ou, em outras palavras, direitos subjetivos. Nessa classe de eficácia, está aquele efeito relacionado à concretização de interesses mediante abstenções – o efeito de direito subjetivo de defesa. Igualmente, insere-se entre os efeitos jurídico-subjetivos o efeito de direito subjetivo a prestações positivas, vinculado à realização de interesses por intermédio de ações prestacionais. Os direitos fundamentais sociais suscitarão simultaneamente esses dois efeitos jurídico-subjetivos, visto que, ainda que predomine em sua configuração o elemento prestacional, em diversas situações eles assumem conotação defensiva (SARLET, 2004a, p. 178-179). “Um mesmo direito fundamental abrange muitas vezes um complexo de posições jurídicas, isto é, de direitos e deveres, negativos e positivos.” (SARLET, 2004a, p. 219).<sup>31</sup>

### 3.1 EFEITO DE DIREITO SUBJETIVO DE DEFESA

A norma definidora de direito fundamental social incita o efeito de direito subjetivo de defesa, pois importa em uma determinada esfera de autonomia que o indivíduo titular do direito dispõe para promover livremente a satisfação de suas necessidades essenciais, diante da qual o Estado e os demais sujeitos não devem deixar interferir. Trata-se de efeito jurídico-subjetivo, de cunho negativo, no sentido de exigir um comportamento omissivo.

Teixeira (2001) já alertara para a importância desse efeito jurídico, ao mencionar a “[...] esfera de conduta livre, de que dispõe o sujeito titular do direito, a qual deve ser respeitada pelos demais [...]. Estes devem abster-se de todo comportamento que perturbe, restrinja ou torne impossível dita esfera de ação.” (TEIXEIRA, 2001, p. 351). O autor lembra que, indubitavelmente, as normas programáticas “[...] destinam-se a tornar obrigatórios certos comportamentos estatais, a realizar ou proteger certos interesses.” (TEIXEIRA, 2001, p. 353). Nos casos em que essas normas visam a proteger diretamente certos interesses individuais – como ocorre com os direitos sociais –, surge a “[...] faculdade de exigir uma abstenção, resguardando a atividade individual da ação inconstitucional.” (TEIXEIRA, 2001, p. 361). Sendo assim, das normas programáticas podem “[...] surgir direitos subjetivos em seu aspecto negativo, isto é, como faculdade de exigir uma abstenção, em face de leis e atos administrativos que lhe sejam manifestamente contrários.” (TEIXEIRA, 2001, p. 361).<sup>32</sup>

O efeito de direito subjetivo de defesa, próprio também aos direitos sociais, reclama, para Sarlet (2004a, p. 263), “[...] uma atitude de abstenção dos poderes estatais e dos particulares (como destinatários do direito).” Ainda, segundo autor:

[...] a alegação de que também na esfera dos direitos de defesa nos deparamos seguidamente com expressões vagas e abertas, que reclamam um preenchimento mediante o recurso à hermenêutica, para que possam ser aplicadas as respectivas normas, não chega a constituir [...] obstáculo para a imediata aplicabilidade destes direitos fundamentais, já que não há necessidade, em função da natureza própria dos direitos de defesa, de remeter essa função para o legislador, uma vez que o seu conteúdo, em regra, poderá ser objeto de determinação por via da interpretação ao nível da Constituição [...] [prosegue o autor, mais adiante] Uma atuação do legislador poderá até ser importante, mas sua ausência [...] não constitui forçosamente um obstáculo para a aplicação direta da norma [...] Em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito [...] Não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação. (SARLET, 2004a, p. 270-273).

### 3.2 EFEITO DE DIREITO SUBJETIVO ÀS PRESTAÇÕES POSITIVAS

A norma definidora de direito fundamental social desencadeia o efeito de direito subjetivo a prestações positivas, porque exige a atuação de terceiros com o intuito de satisfazer certas necessidades essenciais do titular do direito impossibilitado de supri-las pelos seus próprios meios. Trata-se de efeito jurídico-subjetivo, de natureza positiva, no sentido de implicar um comportamento comissivo.

A própria noção de direitos sociais está intimamente vinculada à obtenção pelo indivíduo de prestações fáticas fornecidas pelo Estado. Nas sociedades capitalistas, em princípio, essas prestações deveriam ser obtidas pelo indivíduo titular do direito no mercado. Contudo, historicamente, isso não se demonstra possível na prática para grande parte da população, basicamente por dois motivos inter-relacionados. De um lado, essa população em geral não dispõe dos recursos financeiros necessários para adquirir de particulares as prestações de que precisa para satisfazer necessidades essenciais. De outro, pode inexistir no mercado uma oferta suficiente dessas prestações para atender a todos. Assim, cabe afirmar que os direitos sociais são direitos contra a lógica do mercado e estão voltados para aqueles cidadãos inteira ou parcialmente excluídos do acesso a ele. A eficácia positiva dos direitos sociais liga-se, portanto, à ideia de que o Estado deve garantir o exercício do direito quando o titular não possa fazê-lo por si mesmo (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 26). Nesse sentido, os direitos sociais emergem como instrumentos de realização da justiça social e de participação no bem-estar da coletividade. “Os direitos fundamentais de cunho prestacional encontram-se [...] a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade.” (SARLET, 2002, p. 153).

No campo da eficácia jurídica, o cerne da polêmica a respeito dessas normas sintetiza-se na seguinte questão: pode o cidadão demandar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social de que é titular, diretamente com base no disposto em normas constitucionais, mesmo inexistindo leis deixar a propósito? Trata-se, sem dúvida, da

“[...] pergunta mais angustiante e provavelmente a que coloca as maiores dificuldades para uma resposta adequada.” (SARLET, 2002, p. 179).

Cabe lembrar, nesse ínterim, a distinção entre direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações. Os primeiros podem ser definidos como “[...] posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário.” Já os segundos caracterizam-se por serem deduzidos de modo direto das normas constitucionais que os estabelecem, ou, em outros termos, por constituírem “[...] direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado.” (SARLET, 2004a, p. 203-204). A preocupação aqui – vale ressaltar – restringe-se aos direitos originários às prestações.

As posições doutrinárias acerca do reconhecimento desse efeito jurídico aos direitos sociais são as mais díspares possíveis, embora, de início, houvesse consenso a respeito da impossibilidade de admiti-lo. Teixeira (2001) observa que, no caso do direito subjetivo como pretensão a uma prestação, “[...] a norma dará ao titular o poder de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico.” (TEIXEIRA, 2001, p. 351). Porém, o autor considera que “[...] das normas programáticas não podem surgir direitos subjetivos em seu aspecto positivo, isto é, como faculdade de exigir uma prestação” (TEIXEIRA, 2001, p. 361), uma vez que, se tal fosse possível, essas normas já não seriam programáticas. Silva (2004, p. 178) também compartilha desse entendimento. Com razão, sustenta-se que:

[...] não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa. No sítio dos direitos de defesa, ocorrendo hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, em geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público. A situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público. (CLÈVE, 2003, p. 154).

Todavia, em que pese significativa a distinção estrutural do efeito de direito às prestações em comparação com o efeito de direito de defesa, não merece prosperar, à luz da Constituição Federal de 1988, a posição

contrária ao seu reconhecimento. Tão somente com base no preceito constitucional que consagra os direitos sociais (artigo 6º), pode-se afirmar a possibilidade de o cidadão exigir judicialmente do Estado as prestações materiais compreendidas no conteúdo desses direitos fundamentais, independentemente de qualquer mediação legislativa. A censura judicial, nessa hipótese, refere-se à omissão do poder público. Assim, esses direitos possuem plena justiciabilidade, à medida que a precariedade ou a absoluta carência na sua concretização coloca em risco a realização da dignidade humana e, até mesmo, a existência física dos indivíduos.

Certamente, a posição aqui defendida comporta reparos. Basicamente, podem-se relacionar duas objeções entre os mais frequentes argumentos contrários à justiciabilidade do efeito de direito subjetivo a prestações positivas: a reserva do possível e a separação dos poderes, em especial a competência parlamentar em matéria orçamentária (SARLET, 2002, p. 183-184). Tais objeções merecem ser expostas e rebatidas, ainda que a extensão limitada deste trabalho impeça que isso possa ser feito com a devida profundidade.

### **3.2.1 Primeira objeção: a reserva do possível**

A primeira objeção é de ordem material e considera que as prestações fáticas supostamente oriundas dos direitos sociais dependem da real existência de meios disponíveis para atendê-las, sobretudo reservas orçamentárias. Nesse sentido, esse argumento contrário aos direitos sociais “[...] encontra seu fundamento na dependência destes direitos da realidade socioeconômica e, acima de tudo, da sempre limitada capacidade prestacional do poder público.” (SARLET, 2002, p. 141). De fato, parece razoável a assertiva de que “[...] ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível.” Afinal, esses direitos são de satisfação progressiva, dependendo do nível de riqueza da sociedade (CLÈVE, 2003, p. 157).

No entanto, devem ser refutadas as posições de autores como Torres (1989) e Amaral (2001), os quais levam o argumento da reserva do possível,

inicialmente palatável, a níveis extremos. Segundo esses autores, de formação vinculada ao direito tributário, os direitos sociais demandam, para sua eficácia social, um aparato estatal e uma movimentação de recursos financeiros cujo sustento é limitado por normas assecuratórias de direitos negativos de contribuintes. Além disso, as pretensões decorrentes desses direitos concorreriam entre si no plano fático, disputando, para sua concreitude social, meios que são necessariamente finitos e escassos. Ademais, a postura de máxima eficácia de cada pretensão implicaria a negação da cidadania, à medida que levaria à falência do Estado pela impossibilidade de cumprimento de todas as demandas simultaneamente, rompendo com a própria democracia. Diante disso e na esteira das lições do jurista alemão Robert Alexy, os autores mencionados anteriormente propugnam a ideia do mínimo existencial, segundo a qual a eficácia das prestações positivas oriundas dos direitos sociais somente poderia ser reconhecida quando estivesse em jogo a vida, ou, em outras palavras, a sobrevivência física do indivíduo (SARLET, 2004a, p. 280-283).

Sarlet (2004a) critica o minimalismo do mínimo existencial. Para o autor, esse mínimo não deve ser vital, mas o necessário para garantir a sobrevivência com respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, a reserva do possível deve ser observada, mas não quando conduzir à ineficácia do direito social em questão (SARLET, 2004a, p. 340-346). Considera o autor que:

[...] não devem – especialmente o juiz e os demais operadores do Direito – simplesmente capitular diante das “forças reais de poder” (Lassale) ou em face da alegação de que inviável (em qualquer circunstância) o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexistente dotação orçamentária, pena de esvaziamento completo da eficácia dos direitos sociais. (SARLET, 2002, p. 189).

Em síntese, a reserva do possível parece não ser um argumento capaz de invalidar o efeito de direito subjetivo a prestações positivas desencadeado pelos direitos sociais. Constitui ela um limite importante ao reconhecimento desse efeito, conquanto não se confunda com o mínimo existencial e não deva ser vista como uma cláusula a obstacularizar o exercício do direito subjetivo prestacional. Cabe admitir, contudo, que a questão subjacente à discussão acerca da reserva do possível – como determinar

judicialmente aquilo que se encaixa como possível? – persiste carecendo de uma resposta doutrinária plenamente satisfatória.<sup>33</sup>

### 3.2.2 Segunda objeção: a separação de poderes

A segunda objeção é de ordem formal. Questiona a competência e a legitimidade da atividade jurisdicional do Estado para assegurar a fruição dos direitos sociais e provocar a execução de prestações e políticas públicas complexas. Tanto a estrutura do Judiciário revelar-se-ia inadequada para planejar o atendimento dessas demandas quanto ele careceria dos meios compulsórios para executar sentenças, condenando os demais poderes a cumprir tarefas. De outra parte, os juízes não disporiam de legitimidade política para atuar em campo reservado ao administrador e ao legislador, à medida que não fossem eleitos. Do contrário, haveria quebra do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático que estabelece o governo da maioria (CLÈVE, 2003, p. 157-158).

Novamente, encontra-se diante de uma objeção bastante relevante, mas que merece ser relativizada. Não se pode olvidar que o zelo pela observância dos direitos fundamentais “[...] significa, para o Judiciário, no exercício da atuação jurisdicional, proteger a maioria permanente (constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).” (CLÈVE, 2003, p. 158). Por isso, a intervenção do juiz antes de uma violação da separação de poderes significa, frequentemente, a restauração do equilíbrio. Refere Sarlet (2002, p. 185-186) que:

[...] em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador [...] implicar grave agressão (ou mesmo sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar [...] que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá, em princípio, a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão somente um direito subjetivo “*prima facie*”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada.

Conclui-se que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais no que concerne especificamente ao efeito de direito subjetivo a prestações positivas, respeitados os limites formais e materiais, encontra respaldo teórico. À falta de critérios doutrinários mais precisos para orientar a atividade jurisdicional, cabe ao magistrado verificar se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, poderia se esperar do Poder Público em termos do atendimento do direito em questão (CLÈVE, 2003, p. 157). A solução apontada pela doutrina reside, portanto, na análise do caso concreto, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, passível de contemplar o procedimento de comparação entre o conteúdo do direito que estiver em causa, a necessidade fática alegada pelo autor do pedido e o custo econômico e político indispensável para a satisfação da demanda.<sup>34</sup>

#### **4 CONCLUSÃO: A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

Conforme exposto neste trabalho, atualmente a doutrina aceita, com maior frequência, que todo direito social suscite, no mínimo, alguns efeitos jurídicos justiciáveis, e que, presentes determinadas condições, não se configurem os direitos sociais menos tuteláveis judicialmente que os demais direitos fundamentais. Essa ruptura na teoria do direito constitucional, dando ensejo à construção de um novo conhecimento em confronto com o senso comum teórico vigente na ciência jurídica, aparentemente começa a surtir consequências. Estas são visíveis em alguns julgados recentes, inclusive dos tribunais superiores brasileiros, em que se reconhecem efeitos jurídico-objetivos e jurídico-subjetivos aos direitos sociais.

Dessa forma, fica claro que o Estado pode propiciar a obtenção de um maior grau de efetividade dos direitos sociais por meio de sua atuação jurisdicional. Para tanto, é necessário que os tribunais adotem em seus julgamentos uma concepção teórica apropriada à tarefa de estender ao máximo a eficácia dessas normas constitucionais, em atenção ao manda-

do de otimização expresso pelo parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Descabe perpetuar o entendimento dos direitos sociais como normas meramente programáticas, como direitos incompletos, indefinidos em seu conteúdo, dependentes de regulamentação e de recursos orçamentários, constituindo, tão somente, meras declarações políticas ou diretrizes a orientar as ações dos poderes Executivo e Legislativo. Mesmo quando o Poder Público descumprir a obrigação de fornecer conteúdo aos direitos sociais por intermédio da legislação, ainda assim os juízes podem julgar a respeito de demandas envolvendo tais direitos, tendo em vista os critérios relacionados à determinação do conteúdo mínimo de cada direito social.

*The justiciability of social rights: reflections on the juridical-subjective efficacy of fundamental rights*

*Abstract*

*This article argues that brazilian constitutional law has reached progresses over the last decades concerning the justiciability of social rights. Those progresses deny the common sense according to which social rights are supposedly not able to be invoked before courts. Legal doctrine currently recognizes at least seven legal effects produced by social rights. The first section of the article intends to examine the evolution of the analysis provided by the national doctrine regarding to the legal efficacy of social rights. The second section focuses on the legal-subjective efficacy of social rights and emphasizes theoretical challenges concerning the possibility of recognition of a legal effect to positive obligations.*

*Keywords: Social rights. Justiciability. Legal efficacy. Positive obligations.*

## Notas explicativas

<sup>1</sup> As normas são juízos de dever-ser, não de ser. Não se pode reduzir vigência e eficácia jurídica à efetividade. Do contrário, corre-se o risco de considerar as normas que carecem justamente de aplicação como não jurídicas (CADEMARTORI, 1999, p. 41-42). “É essencial para a própria noção de norma jurídica, ao menos a possibilidade de que o desenvolvimento social, o comportamento efetivo dos sujeitos, possa ter lugar à margem, ou contra as normas. [...] Se a norma é ‘dever-ser’, pressupõe, logicamente, a possibilidade de ‘não ser’ [...] Toda a luta pelo Direito consiste justamente em fazer com que a norma jurídica se incorpore à realidade social.” (TEIXEIRA, 2001, p. 292-293).

<sup>2</sup> “Partindo da premissa da estatalidade do direito [premissa esta, diga-se de passagem, profundamente questionável, mas própria ao paradigma dogmático], é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, isto é, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios.” Refere-se aqui sobretudo “[...] a ‘capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação’, isoladamente ou conjugada com outras normas.” (BARROSO, 2004, p. 248).

<sup>3</sup> A Constituição de 1969, tecnicamente, consiste na Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967. No entanto, materialmente, é possível afirmar que se trata de uma nova Constituição.

<sup>4</sup> A doutrina norte-americana tem como principal representante o juiz Thomas M. Cooley, da Suprema Corte de Michigan, cuja obra *A treatise on the constitutional limitations* é constantemente citada por Barbosa. Nessa obra, o autor diferencia as normas *self executing* (*self enforcing, self acting*) das *not self executing*.

<sup>5</sup> Na doutrina italiana, destaca-se o nome de Caetano Azzariti e sua obra *Problemi attuali di diritto costituzionale* (Milano, 1951), na qual eram distinguidas as normas preceptivas (preceitos obrigatórios e impositivos, ou nos termos de Barbosa, autoaplicáveis) das normas diretivas (preceitos sem obrigatoriedade, que poderiam ser violados pelo legislador infraconstitucional, ou normas não autoaplicáveis). Nessa concepção, “[...] a norma programática tem sua eficácia entregue ao legislador.” (ROSAS, 1992, p. 251).

<sup>6</sup> Sobre a doutrina clássica de Barbosa e Miranda, conforme Barbosa (1933, p. 475-496), em que o autor comenta o artigo 34 da Constituição Federal Brasileira de 1824; Miranda (1960, p. 110-112); Ataliba (1970, p. 36-41); Ferreira (1977, p. 161-169); Teixeira (2001, p. 299-316); Piovesan (1992, p. 67-68); Rosas (1992, p. 251); Diniz (1992, p. 92-94); Silva (2004, p. 73-77) e Sarlet (2004a, p. 232-234).

<sup>7</sup> “A declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral, aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem.” (BARBOSA, 1933, p. 484).

<sup>8</sup> Lembre-se que o constitucionalismo social surgiu no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição alemã de Weimar de 1919. No Brasil, onde o controle de constitucionalidade surgira apenas com a Constituição de 1891, os direitos sociais – direito à educação primária somado aos direitos trabalhistas – somente apareceram com a Constituição de 1934. Teixeira (2001) observa que “[...] nas Constituições modernas, [...] a partir especialmente da Constituição alemã de Weimar (1919), manifestou-se como resultado da socialização do Direito uma decidida tendência [...] a incluir nas Constituições preceitos de Direito Civil, Administrativo, Processual, Fiscal etc., [...] além de um número cada vez maior de definições, proposições gerais, disposições de princípio, também chamadas ‘normas programáticas’, algumas contendo já diretrizes e/ou critérios gerais para a orientação da legislação futura, quase todas de eminente conteúdo ético-social.” (TEIXEIRA, 2001, p. 298).

<sup>9</sup> Acrescenta o autor: “[...] a Constituição (como qualquer outro texto de lei) não estatui somente o que reza em termos explícitos seu texto, senão também o que nele implicitamente

se abrange e o que necessariamente se segue da essência de suas disposições.” (BARBOSA, 1933, p. 475).

<sup>10</sup> Regras programáticas, para Pontes de Miranda, “[...] são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar norma de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos.” (MIRANDA, 1960, p. 111).

<sup>11</sup> O reconhecimento de um primeiro efeito jurídico às normas programáticas sugere a existência, na classificação proposta por Miranda, de um terceiro tipo de norma ao lado das “bastantes em si” e “não bastantes em si”. Essa concepção parece estar baseada nas contribuições oferecidas por uma segunda geração da doutrina italiana (integrada por nomes, como Flaminio Franchini, Ugo Natoli e Balladore Pallieri), a qual sustentava uma classificação triplíce das normas constitucionais em: diretivas (ou programáticas sem obrigatoriedade), preceptivas obrigatórias de aplicabilidade imediata e, por fim, preceptivas obrigatórias sem aplicabilidade imediata (programáticas com obrigatoriedade). O terceiro tipo de Miranda, a norma programática, seria equivalente ao último tipo dos italianos. Ver Ferreira (1977, p. 168-169).

<sup>12</sup> “Foi o jurista italiano Vezio Crisafulli que [...] ao editar seu livro – *La Costituzione e sue Disposizioni di Principio* [Milano, 1952], deu novo caminho à eficácia das normas constitucionais, influenciando a doutrina brasileira e mostrando que a antiga concepção, inclusive italiana, [...] estava ultrapassada.” (ROSAS, 1992, p. 251). A respeito das inovações trazidas por Crisafulli, ver ainda Ferreira (1977, p. 170).

<sup>13</sup> Suas apostilas, escritas antes da obra de Silva (2004), somente em anos recentes foram compiladas e publicadas em livro (TEIXEIRA, 2001).

<sup>14</sup> Confira Silva (2004). A primeira edição do livro é de 1967.

<sup>15</sup> “Não existe norma constitucional despida de qualquer eficácia, ou de eficácia nula.” (TEIXEIRA, 2001, p. 317). “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos.” (SILVA, 2004, p. 81).

<sup>16</sup> No mesmo sentido, confira Silva (2004, p. 81-87). Este autor propõe ainda um terceiro tipo na classificação, por ele chamada “norma de eficácia contida.” (SILVA, 2004, p. 103-116).

<sup>17</sup> “Na norma constitucional programática, ao invés de disciplinar diretamente a matéria a que se refere, para a imediata obtenção daqueles fins essenciais, o legislador constituinte preferiu regular, com eficácia imediata, apenas os compromissos estatais destinados à obtenção final daqueles efeitos dentro das diretrizes e no sentido nelas expresso. A norma, destarte, achase apta a produzir, imediatamente, apenas fins não essenciais, fins secundários [...] pois, em relação aos essenciais, preferiu ficar no meio do caminho, numa ‘promessa de legislação’.” O legislador constituinte agiria assim devido ao caráter compromissário das constituições modernas, nas quais se busca conciliar equilibradamente o conflito de interesses presente na relação entre capital e trabalho, remetendo-se a disputa política à legislação ordinária por meio das normas programáticas (TEIXEIRA, 2001, p. 324-327).

<sup>18</sup> No mesmo sentido a análise formulada por Silva (2004, p. 157-178).

<sup>19</sup> Para o autor, as normas constitucionais protegidas por cláusulas pétreas dispõem de “eficácia absoluta”, diferenciando-se das de eficácia plena, pois são insuscetíveis de alteração por emenda constitucional (FERREIRA, 1977, p. 171-174).

<sup>20</sup> Em resumo, a contribuição do livro reside em propor uma nova classificação terminológica das normas constitucionais no que concerne à sua eficácia, diferente da divisão triplíce adotada por Silva, tendo em vista a elaboração de uma teoria acerca das relações entre as normas constitucionais e infraconstitucionais.

<sup>21</sup> Segundo Silva, o mandado de otimização das normas definidoras de direitos fundamentais significa, que “[...] o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado.” (SILVA, 2004, p. 165).

<sup>22</sup> Para o autor, “[...] os direitos fundamentais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais.” (CLÈVE, 2003, p. 152-153).

<sup>23</sup> Segundo o autor, “[...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos [...], mas [...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e [...] fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” (SARLET, 2004a, p. 152). Sobre as concepções do autor acerca da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e seus desdobramentos, confira Sarlet (2004a, p. 151-161).

<sup>24</sup> A norma definidora de direito fundamental social produz o efeito condicionante, à medida que causa a inconstitucionalidade dos atos normativos com ela colidentes em conteúdo e editados posteriormente ao início de sua vigência. Confira, adotando terminologias diversas sobre esse efeito, Miranda (1960, p. 11-112); Teixeira (2001, p. 333-343); Diniz (1992, p. 104) e Silva (2004, p. 158-164).

<sup>25</sup> Pode-se afirmar que a norma definidora de direito fundamental social acarreta o efeito derogatório pois revoga os atos normativos infraconstitucionais anteriores a sua vigência e a ela contrários em conteúdo. Nesse sentido, também com algumas variações na terminologia, ver: Teixeira (2001, p. 333-340); Silva (2004, p. 160-163) e Sarlet (2004a, p. 290).

<sup>26</sup> Pode-se dizer que a norma definidora de direito fundamental social suscita o efeito irradiante porque se constitui em princípio a ser seguido pelo administrador, legislador e juiz na interpretação, integração e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. O efeito irradiante conduz à releitura de todo direito infraconstitucional à luz dos direitos fundamentais, tendo em vista sua interpretação conforme a Constituição (CLÈVE, p. 2003, p. 155). Implica, assim, a incidência das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, tanto no que concerne à interpretação dos atos estatais quanto à interpretação de negócios jurídicos e relações entre particulares (a chamada eficácia horizontal). Quanto a esse efeito, há ampla diversidade de termos empregados pelos autores. Vide, por exemplo, Teixeira (2001, p. 333-341); Silva (2004, p. 157); Diniz (1992, p. 104) e Sarlet (2004a, p. 157-158).

<sup>27</sup> A norma definidora de direito fundamental social é capaz de desencadear o efeito mandamental, ao obrigar o legislador a não se omitir em concretizar o conteúdo de suas posições nos parâmetros por ela estabelecidos. Entre outros tantos, abordam esse efeito, utilizando-se desta ou de outras denominações, Teixeira (2001, p. 333-334); Diniz (1992, p. 104); Silva (2004, p. 164) e Piovesan (1992, p. 69).

<sup>28</sup> Entende-se que a norma definidora de direito fundamental social provoca o efeito de vedação de retrocesso devido à circunstância de proibir o legislador de retroceder nas medidas implementadas a favor de sua concretização, tanto no nível normativo constitucional quanto no nível normativo infraconstitucional. A eficácia jurídico-objetiva de proibição de retrocesso, por conseguinte, possui duas facetas. De um lado, torna os direitos fundamentais cláusulas pétreas, impedindo a abolição de sua vigência constitucional. De outro, envolve, em sentido estrito, a proibição de retrocesso social quanto aos direitos sociais já elaborados em normas ordinárias. Sobre esse efeito, atentar para os trabalhos de Ferreira (1977, p. 172); Diniz (1992, p. 98-100); Barroso (2003, p. 158) e, sobretudo, Sarlet (2004a, 2004b, 2004c).

<sup>29</sup> Teixeira (2001) define situação jurídica subjetiva é de vantagem como “[...] a especial situação da vontade individual, determinada pela norma ou por atos e fatos jurídicos, relativamente à maior ou menor possibilidade de realizar certo interesse, seja por ato próprio, seja exigindo ação ou omissão de terceiros.” (TEIXEIRA, 2001, p. 347).

<sup>30</sup> O conceito de direito subjetivo é formulado por Teixeira (2001, p. 348) como “[...] a faculdade, plenamente tutelada pela ordem jurídica, de querer e exigir a realização de um certo interesse.” O autor percebe dificuldades na identificação da norma jurídica que expressa

esse tipo de situação jurídica, cabendo ao intérprete distingui-la quando isso não se encontra explícito no texto (TEIXEIRA, 2001, p. 349). Sarlet avança nessa definição, argumentando que “[...] quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.” (SARLET, 2004a, p. 162).

<sup>31</sup> O autor lembra que, dessa forma, “[...] todos os direitos são também positivos, indiciando uma superação da já tradicionalmente aceita distinção entre direitos negativos (direitos de defesa) e positivos (direitos às prestações).” (SARLET, 2004a, p. 129).

<sup>32</sup> Para Diniz, o efeito de direito subjetivo de defesa ocorreria porque os direitos sociais (normas programáticas) “[...] estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos.” (DINIZ, 1992, p. 105).

<sup>33</sup> Merece registro a recente tentativa levada a cabo por Leivas (2006a, 2006b) de avançar na definição de critérios doutrinários para orientar a avaliação judicial acerca do “possível”, em matéria de direitos sociais e efeito de direito a prestações positivas.

<sup>34</sup> Para uma análise detalhada da aplicação do princípio da proporcionalidade à avaliação judicial de prestações positivas vinculadas à satisfação de direitos sociais, confira Leivas (2006a, 2006b).

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATALIBA, Geraldo. Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, v. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

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

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, DF, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FERREIRA, Pinto. Eficácia (direito constitucional). In: FRANÇA, R. Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 30.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos. **Revista Bioética & Ética Médica**, Brasília, DF, v. 14, n. 1, p. 9-15, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 7, ano 2, p. 137-162, jul./set. 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960. v. 1.

PIOVESAN, Flávia C. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 37, p. 63-74, jun. 1992.

ROSAS, Roberto. Eficácia das normas constitucionais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 1, p. 250-254, out./dez. 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 95, p. 103-135, set. 2004b.

\_\_\_\_\_. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004c.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.

Recebido em 6 de agosto de 2010

Aceito em 13 de outubro de 2010

