

**CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS: FUNÇÕES OBJETIVA E SUBJETIVA E  
PROBLEMAS DE APLICABILIDADE E  
JUSTICIABILIDADE\***

*Carlos Romero Lauria Paulo Neto\*\**

**Resumo:** Os direitos fundamentais apresentam a dimensão de normas objetivas, uma vez que, sob novas concepções da relação Estado-Indivíduo-Sociedade, os novos conteúdos contemplados implicaram a agregação do caráter positivo de imposição de deveres de prestações fáticas e deveres de proteção, assim como de conformação organizatória e procedimental. Com esse caráter normativo-objetivo, os direitos fundamentais colocam desafios especialmente importantes à sua aplicabilidade imediata e à justiciabilidade.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Norma constitucional. Eficácia. Aplicabilidade. Controle Jurisdicional.

**Abstract:** The fundamental rights present the dimension of objective norms once that, under new conceptions of the relation State-Individual-Society, the new considered contents imply the aggregation of the positive character of imposition of positive obligations and obligations of protection, as well as organisational and procedural conformation. With this normative-objective character, the fundamental rights pose

---

\* Artigo vencedor do Concurso de Artigos (categoria profissional), do VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL – Concretização dos Direitos Fundamentais: Estado e Sociedade –, em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho (2 a 4 de abril de 2009, Centro de Convenções de Natal-RN, realizado por EBEC – Escola Brasileira de Estudos Constitucionais).

\*\* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Paraíba; Professor de Direito Processual Civil I, do Centro Universitário de João Pessoa (Unipê); Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal); Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

challenges especially relevant to their immediate applicability and justiciability.

**Keywords:** Fundamental rights. Constitutional norm. Efficacy. Applicability. Judicial Review.

## 1 Introdução

Nos cenários de ainda precário desenvolvimento social, como sói ser o caso brasileiro, persiste uma permanente e endêmica inadimplência institucional em relação aos abstratamente consagrados e expressos direitos fundamentais, sobretudo os de feição social prestacional, muito em razão de concretizações legislativas, ou escassas, ou tardias, ou insuficientes, mas, principalmente, em razão de ineficientes e caóticas administrações públicas<sup>1</sup>. Nesse ambiente de recalcitrante desobediência por parte dos detentores eleitos de poderes públicos à vontade constituinte do povo, afigura-se inarredável cogitar-se sobre o manejo apto de efetivos controles, entre os quais, com realce, o jurisdicional.

Embora extenso e minudente catálogo de direitos sociais haja sido contemplado em nível constitucional, à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais opõem-se, tradicional e militantemente, posições conservadoras no sentido de que os direitos fundamentais sociais a prestações fáticas, por serem previstos em disposições constitucionais de baixa densidade normativa e por implicarem prestações positivas materiais por parte do Estado, sob incontornável condicionamento financeiro e a dependerem sempre de concretização legislativa (*interpositio legislatoris*), não conferem direitos subjetivos originários e, por conseguinte, não habilitam à postulação direta em juízo.

Não obstante a plausibilidade de alguma dentre as premissas de tal raciocínio, é o propósito deste artigo demonstrar, de forma

---

<sup>1</sup> Conforme dados de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBPT, “corrupção e ineficiência administrativa consomem um terço da arrecadação”. Em números absolutos, o desperdício da Administração Pública no Brasil alcança o montante de duzentos e trinta e quatro bilhões de Reais por ano (Apud MOREIRA NETO, 2006, p. 406).

sintética, o desacerto de tal conclusão, sobretudo se a máxima que encerra for adotada em termos absolutos. Para isso e para alcançar-se uma posição clara e coerente acerca da justiciabilidade dos direitos fundamentais, com particular realce para os que concernem a prestações sociais, há que precedentemente se perquirir a duplicidade de funções jurídicas – objetiva e subjetiva – dos direitos fundamentais e clarificar o sentido próprio do *princípio* de sua aplicabilidade direta ou imediata.

## 2 Funções jurídico-objetiva dos direitos fundamentais

A amplificação do âmbito de fundamentalidade, mediante a incorporação de direitos referidos à concepção de Estado social, foi reflexo e, ao mesmo tempo, espelho de uma proclamada e perseguida interpenetração Sociedade-Estado. Com efeito, a “questão social”<sup>2</sup> trazida à tona em cenário de multifacetada crise do Estado liberal não só exigiu, mas também, justificou e legitimou novos papéis e vinculações jurídico-constitucionais do Estado e, correspondentemente, um também novo padrão de garantias material-sociais para os indivíduos, traduzidas por direitos de feição sócio-econômica e cultural que se agregaram aos preservados direitos e liberdades individuais.

A combinação harmônica<sup>3</sup> entre os dois grupos de direitos fundamentais, ligados originariamente a substancial e historicamente

<sup>2</sup> Anotando que a “questão social” exsurgiu em meio às vicissitudes de um “capitalismo descontrolado”, v. Ferreira Filho, 1977, p. 115.

<sup>3</sup> Para ilustrar, uma fórmula compatibilizadora entre direitos de *liberdade* e direitos de *igualdade* pode ser esta: “Definindo-se o Estado de bem-estar como ‘inclusão *política* realizada’ e, porque Estado de *Direito*, como ‘inclusão *jurídica* realizada’, observa-se que os ‘direitos fundamentais sociais’ por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política” (NEVES, 1994, p. 71-72). Esclareça-se que este autor, apoiando-se em Niklas Luhmann, pressupõe uma conceituação do Estado de bem-estar assentada em um modelo interpretativo abrangente referido ao “princípio da *inclusão*”, segundo o qual toda a população deverá integrar-se nas prestações de cada um dos sistemas funcionais da sociedade, o que significa *acesso*, mas também *dependência* da conduta individual em relação a tais prestações.

distintas orientações e concepções de relação Estado-Sociedade, foi dogmaticamente propiciado a partir do compartilhamento consensual da base valorativa essencial de todo e qualquer *direito fundamental: a dignidade da pessoa humana*.<sup>4</sup>

Assumiu-se que já não procedia, em termos universais, a premissa liberal de que a dignidade do indivíduo baseava-se numa composição exclusiva e permanente entre abstenção do Estado e liberdade jurídica individual. Com efeito, se tal composição valia para preservar a “dignidade” do indivíduo burguês refreando a onipotência do Estado, afigurava-se insustentável e “mítica”, se se pensasse em termos universais, sobretudo tomando-se em consideração as crescentes massas de indivíduos não-proprietários que margeavam aquele bem provido estamento social e que passavam a contemplar-se com a democratização da cena política do Estado. Interessava, portanto, já não apenas a defesa do indivíduo contra o Estado, mas também, superado o mito da igualdade meramente formal, a tutela do indivíduo em relação aos demais indivíduos integrantes da Sociedade.<sup>5</sup> Daí a dupla função subjetivo-objetiva dos direitos fundamentais, desenvolvida a partir da concepção social.

As principais correntes doutrinárias de sustentação teórica dessa função objetiva dos direitos fundamentais foram a *teoria institucional*, segundo a qual os direitos fundamentais possuem, primariamente, o caráter de “princípios objetivos de ordenação para os âmbitos vitais por eles protegidos”<sup>6</sup>; a *teoria axiológica*, que postula que os direitos fundamentais “fixam valores fundamentais da comunidade e normatizam um sistema de valores ou de bens, um sistema cultural, através do qual os indivíduos alcançam um ‘*status material*’”<sup>7</sup>; e, finalmente, a *teoria social*, conforme a qual os direitos fundamentais devem ser interpretados não apenas como garantias de uma liberdade jurídica

<sup>4</sup> Nesse sentido, v. Andrade, 2006, p. 97 ss.; Bonavides, 2006, p. 180 ss.

<sup>5</sup> A propósito, referindo-se à “conexão entre igualdade e dignidade da pessoa humana” e à “fundamentação dos direitos sociais (ainda que não de todos) no princípio da igualdade formal e material”, v. Sarlet, 2007, p. 233.

<sup>6</sup> Böckenförde, 1993, p. 53.

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 57.

ante uma delimitação negativa da atuação do Estado, mas também como impositivos de ações ativas e positivas a serem concretizadas por este, no sentido de prover os pressupostos sociais necessários para assegurar a liberdade fática.

A mera alusão sumular ao conteúdo dessas importantes teorias, antes de homiziar a despreensão de examiná-las com a merecida detença, justifica-se ante o limitado intento de, neste espaço, referi-las apenas para realçar um marco teórico: o de que à superação da concepção liberal estrita dos direitos fundamentais, não obstante por conduto de diferentes veios doutrinários, correspondeu a alavancagem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, já não circunscritos a um papel delimitativo-negativo do Poder Estatal, apresentam, para além e independentemente de uma sua dimensão subjetiva<sup>8</sup>, precocemente assente com relação aos tradicionais direitos de liberdade, a dimensão de normas objetivas, uma vez que, sob novas concepções da relação Estado-Indivíduo-Sociedade, os novos conteúdos contemplados implicaram a agregação do caráter positivo de imposição de deveres de prestações fáticas e deveres de proteção, assim como de conformação organizatória e procedimental.

Por outro aspecto, os direitos fundamentais inserem-se em uma nova concepção também de Constituição, que já não se contenta em ser a Constituição do Estado, mas “abarca Estado y sociedad”, no sentido de que “no significa sólo limitación del poder estatal sino también autorización para ejercer el poder estatal”.<sup>9</sup>

Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo, assentado numa interpenetração Estado-Sociedade, refletida na Constituição, já não se compadece com as decaídas preocupações “anti-governo e anti-Estado”<sup>10</sup>. Sim, porque “negative rights ban and exclude government; positive ones invite and demand government”.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Nesse sentido, v. Andrade, 2006, p.142; ou Sarlet, 2007, p.169.

<sup>9</sup> Häberle, 2002, p. 155.

<sup>10</sup> Bonavides, 2006, p. 371.

<sup>11</sup> Holmes et Sunstein, 1999, p. 40.

Tais transformações da relação Estado-Sociedade e seus reflexos na concepção de Constituição implicaram, portanto, uma “expansão dos conteúdos constitucionais materiais”, e, por conseguinte, uma “constitucionalização material da ordem jurídica”<sup>12</sup>. A propósito, como alude Alexy, a partir do julgamento do caso *Lüth*<sup>13</sup>, em 1958 o Tribunal Constitucional Federal alemão passou a identificar os direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos de defesa, mas, mais do que isso, como “normas de princípio decididoras de valores”, designadas também simplesmente “princípios”, dotados de força normativa. Além disso, o Tribunal Constitucional, interpretando o art. 1, § 3º, da *Grundgesetz*, que sujeita os três poderes do Estado aos direitos fundamentais, concluiu que, como as normas de direito fundamental são princípios e, demais disso, vinculam os três poderes, não há como negar-se a “ubiquidade” dos direitos fundamentais, o que significa que irradiam “para todos os âmbitos do direito”. Finalmente, a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* assentou, ainda no paradigmático julgamento *Lüth*, que os princípios ou valores<sup>14</sup> são normalmente propensos a colidirem reciprocamente, o que torna necessária uma *ponderação de bens*.

Para Alexy<sup>15</sup>, trata-se de uma tríade de ideias – princípio, irradiação e ponderação – entrelaçadas estreitamente uma com a outra, o que, embora tenha sido originariamente introduzido naquele julgamento histórico para alicerçar a validade dos direitos fundamentais no Direito Civil, foi, ao depois, aplicado a todos os campos do Direito, na medida em que à mencionada tríade se associou uma compreensão de direitos fundamentais a prestações em sentido amplo (direitos à proteção, direito à organização e procedimento e prestações positivas fáticas).

---

<sup>12</sup> Alexy, 2007b, p. 72-74.

<sup>13</sup> V. também a referência a esse marco jurisprudencial em Denninger, 1987, p. 183.

<sup>14</sup> Alexy ressalva que o tribunal referia-se a *valores*, indistintamente da referência a *princípios* (Ibid., p. 73).

<sup>15</sup> Ibidem.

Nesse diapasão, as normas de direito fundamental assumem-se como definidoras, não apenas da forma, mas também do conteúdo das atuações do Estado-Legislador, irradiando para todos os domínios do Direito (constitucionalização do Direito), assim como do Estado-Administração, impondo, no mínimo, a sua sujeição a valores, diretivas e fins constitucionais.

Dito de outro modo, agregados os direitos sociais, maximiza-se a função *jurídico-objetiva*<sup>16</sup> dos direitos fundamentais, a implicar uma irradiação vinculativa, não meramente formal, mas, sobretudo, material – de conteúdo –, fazendo-se incidente a normatividade fundamental sobre todo o ordenamento jurídico e, por reflexo, sobre as atuações materiais do Estado<sup>17</sup> e, até mesmo, as relações entre particulares<sup>18</sup>.

A função ou dimensão objetiva realça a força normativa de todos os direitos fundamentais, a sua aptidão para gerar efeitos jurídicos. A propósito, entre os efeitos jurídico-objetivos imediatos dos direitos

<sup>16</sup> Relacionando o advento do Estado social de Direito e a acentuação da dimensão jurídico-objetiva dos Direitos Fundamentais, v., entre outros, Habermas, 2003, p. 311; Grimm, 2006, p 161-167; Miranda, 2000, p. 31-32; Novais, 2003, p. 20-26.

<sup>17</sup> Oportuno e relevante verificar que, mesmo quem nega, como, por exemplo, o professor tedesco Ernst Forsthoff, fundamentalidade aos direitos sociais – aliás, não consagrados, formalmente em catálogo expresso, pela Lei Fundamental de Bonn –, não deixa de considerar, ainda que sub-repticiamente, pelo menos, uma força irradiadora da cláusula constitucional de Estado social, a representar, no mínimo, um reforço à exigência de substantivação das atuações estatais. Eis um excerto revelador da doutrina de Forsthoff, *ipsis verbis*: “Con la desaparición del dualismo entre Estado y Sociedad, que en el ámbito de la Administración se corresponde con la Administración interventora, se plantean tanto al legislador como a la Administración, misiones de configuración de la sociedad en cuyo desempeño no se pueden utilizar criterios de mera reforma legislativa. En estas tareas de configuración de la sociedad no basta con que Legislativo y Administración se mantengan dentro de los límites de la constitución y de las leyes, sino que esas funciones sean reguladas y ejercidas con un contenido. Esto es lo que resulta obligadamente de la evolución del Estado y de la sociedad en la época actual [...]. Para ello no se necesita propiamente hablando la opción en pro del Estado social, pero esta opción refuerza la exigencia.” (GRIMM, 1986, p.98-99).

<sup>18</sup> *Drittwirkung der Grundrechte*.

fundamentais e, em particular, dos direitos fundamentais sociais, sobreleva atentar para os seguintes:

### 2.1 Revogação do direito anterior incompatível

Os direitos fundamentais em geral – e nisso os direitos sociais não discrepam – possuem uma eficácia derogatória, no sentido de que acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma constitucional definidora do direito fundamental.

Como consequência, entre nós, a teor de tese dominante, independentemente de declaração de inconstitucionalidade, haverá a desaplicação do direito anterior não-recepcionado. A revogação do direito anterior incompatível é um corolário imediato do princípio da constitucionalidade.

Todavia, importa salientar que, no caso das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais prestacionais, em virtude de seu acentuado caráter programático (conquanto não *meramente* programático<sup>19</sup>), é de se reconhecer que a sua efetivação na realidade constitucional, há de depender, de ordinário, embora não sempre, da implementação não só de carecidos elementos jurídico-normativos, a serem agregados mediante superveniente legislação concretizadora compatível, em substituição à anterior ordenação inferior, mas também da *gradual* implementação de condições ou situações fáticas. Em razão disso, a novel disciplina constitucional, em torno de certo direito fundamental social a prestações, **não** sempre poderá impor *instantânea* ruptura com o direito ordinário anterior. Com efeito, situações há de ***normas em trânsito para a inconstitucionalidade*** (ou *inconstitucionalidade progressiva*)<sup>20</sup>, a depender de uma modificação da realidade constitucional.

---

<sup>19</sup> Sobre o caráter normativo-programático, justificando o abandono da expressão “normas programáticas” e a adoção da expressão “normas constitucionais de cunho programático”, v. Sarlet, 2007, p. 308 ss.

<sup>20</sup> STF - RE 135328 / SP, rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJU 20/04/2001, p. 137.

Ilustram tais situações hipóteses em que o direito pré-constitucional confira alguma proteção ao direito fundamental social prestacional, ainda que não em grau desejável frente aos novos parâmetros estabelecidos pela novel Carta, de modo que a ruptura instantânea, mediante a sua cabal desaplicação, criaria uma situação de vazio normativo, introduzindo na realidade constitucional, paradoxalmente, um patamar de tutela do direito fundamental ainda inferior ao que propiciava a lei anterior questionada.<sup>21</sup> Em situações do gênero, a justiça constitucional, em vez de desaplicar a norma (inconstitucionalidade superveniente), deve conferir-lhe, no máximo, interpretação conforme a Constituição, ou manipular no tempo os efeitos da decisão, se for o caso.

Caso emblemático de particular interesse para a temática dos direitos fundamentais sociais a prestações colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou, mais de uma vez,<sup>22</sup> em sede de controle concreto, pela não desaplicação do artigo 68, do Código de Processo Penal (Dec. Lei nº 3.689/1941), que confere ao Ministério Público legitimidade para, na defesa do interesse de pessoa carente, promover a ação civil *ex delicto*, a despeito de tal competência (*rectius*: atribuição) contrariar o art. 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que reservou à Defensoria Pública a defesa judicial dos interesses dos necessitados, enquanto função institucional sua, subtraída do Ministério Público.<sup>23</sup>

## 2.2 Obrigatoriedade de concretização legislativa

As normas jusfundamentais, em geral, consoante já assentamos,

<sup>21</sup> V., em sentido semelhante, Bastos, 2000: 71-72. V., tb., com a ressalva de que não qualifica o problema da mesma forma, indicando o art. 282, nº 4, da CRP/1976, Miranda, 2003, p. 281.

<sup>22</sup> P. ex.: STF – RE nº 135328 / SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20/04/2001; AI nº 482.332 / SP, rel. Min. Celso de Mello, julg. 30/04/2004, publ. pendente (Informativo nº 346).

<sup>23</sup> É bem de ver que a querela constitucional radica, não apenas no cotejo entre duas normas constitucionais definidoras de atribuição de órgãos do Estado-administração, mas também e principalmente, de modo específico, na implicação de ambas com o *direito à assistência judiciária gratuita aos necessitados*,

vinculam, formal e materialmente, os três poderes do Estado,<sup>24</sup> todavia, as normas de direito fundamental social, à medida que encerrem preponderantemente prescrições de programas, fins, tarefas e políticas, destacam-se das demais, por implicarem, antes de mais, vinculação imediata e mais agravada ao Poder Legislativo do que aos demais poderes. Com efeito, a maioria dos direitos fundamentais sociais que exigem a implementação de políticas públicas e programas, não os tem suficientemente definidos no próprio texto constitucional que os contempla, de modo que a vinculação do Poder executivo, nestas

---

previsto no art. 5º, inciso LXXIV, da CF/1988, estando em questão relevante aspecto relacionado à sua manifesta dimensão positiva, configuradora de **direito fundamental social prestacional**. Com efeito, a atribuição de competência para a prestação do serviço a um órgão estrutural e processualmente adequado e destinado à específica tarefa de promover a defesa judicial das pessoas carentes eleva o padrão garantístico do direito fundamental social prestacional em causa, de maneira que a norma do art. 68, do Código de Processo Penal, devesse afeta não somente a norma definidora de competência (*rectius*: atribuição) do art. 134, da Constituição, mas, precipuamente, o próprio direito fundamental à assistência judiciária gratuita. Ocorre que, subjacente à controvérsia jurídica abstrata, a realidade constitucional é a de que não todos os Estados federados implementaram organicamente as respectivas defensorias públicas, para que o serviço fosse prestado na forma e segundo a competência estabelecida pela Constituição, de modo que, em alguns deles, como é o caso do Estado de São Paulo, o Ministério Público tem, ainda sob a vigente Constituição, persistido a desempenhar a tarefa a que o questionado art. 68 do CPP, habilitava-o. Sendo assim, malgrado a disposição do art. 68 do CPP contrarie a norma de competência habilitante da Defensoria Pública, insculpida na Constituição, não compromete totalmente a eficácia do direito fundamental social em questão, de maneira que, suposta a gradualidade da implementação fática dos direitos sociais, há de ser reputado ainda não incompatível com a Constituição, até que sejam implementadas as condições fáticas e jurídicas para a realização máxima do direito fundamental. Solução contrária, implicaria retirar-se a atribuição do Ministério Público, de sorte que, à falta do órgão habilitado pela Constituição e de quem lhe fizesse as vezes, acarretar-se-ia agravo ainda maior à tutela do direito fundamental social prestacional.

<sup>24</sup> Tal aspecto, o da vinculação aos direitos fundamentais dos três poderes, notadamente o Legislativo, “como direito imediatamente vigente”, e, dès que essa vinculação seja suscetível de ser submetida a controle amplo por um tribunal constitucional, configura o que Alexy denomina “positivação perfeita” dos direitos fundamentais (2007b, p. 96).

hipóteses, é, ordinariamente, mediata, exigindo-se – mas também habilitando<sup>25</sup> –, primariamente, então, do Poder legislativo que densifique e concretize normativamente tais políticas e programas, definindo, entre outros, critérios quantitativos e qualitativos de fornecimento e recebimento das prestações fáticas envolvidas.

Sendo assim, a obrigatoriedade de concretização legislativa, vinculadora do Legislativo, tem caráter instrumental, na medida em que pode significar e, de fato significa, embora não em todos os casos concretos, interposição inarredável entre a Constituição e os órgãos de execução habilitados, assim como entre estes e os titulares do direito.

Demais, importa considerar que a imposição de que ora se cogita ao Legislativo, vincula-o positiva e negativamente, e nisso se compreende a dimensão substantiva da irradiação dos direitos fundamentais sociais. Com efeito, embora a limitação do legislador seja, sobretudo, quanto ao “se”<sup>26</sup> de sua atuação (limitação à liberdade de oportunidade), as normas constitucionais de direito fundamental social, precisamente por serem normas – e não “meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva”,<sup>27</sup> também o limitam quanto ao “como”<sup>28</sup> (limitação à liberdade de conformação), de sorte que o legislador não estará constitucionalmente obrigado, sem mais, a concretização, senão à concretização compatível com as balizas de valor e finalidade, normativa e, *ipso facto*, vinculativamente fixadas pela Constituição, ao definir o direito fundamental social.

A propósito, há ainda três palavras por dizer, neste passo.

**Primeira:** a obrigatoriedade de concretização legislativa, eficácia imanente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pressupõe irrefutavelmente que as normas de direito fundamental, todas

<sup>25</sup> Sob tal ótica, fala-se em primado ou preferência do legislador na concretização da Constituição. V. Juan Martín, 1981, p. 1346 ss. Para um desenvolvimento desse princípio, não circunscrito ao campo dos direitos fundamentais sociais, v. ainda Hesse, 1998, p. 73 ss.

<sup>26</sup> Canotilho, 2000, p. 332.

<sup>27</sup> Krell, 2002, p. 20.

<sup>28</sup> Canotilho, op. cit.

elas – é dizer: mesmo as de acentuado caráter programático –, possuem carga normativa e, portanto, validade *jurídica*. Dito de outro modo: toda norma jusfundamental possui densidade normativa de *primeiro grau* – de grau constitucional. Entretanto, a nem todas a densidade de primeiro grau é suficiente, reclamando concretização densificadora de segundo grau, propiciada pela lei.

Sobre tal ressalva, versará a **segunda** palavra por dizer.

Interessante observar que a suficiência do grau constitucional (primário) de *densidade normativa*, a qual é demandada para que a norma esgote todos os seus potenciais efeitos a partir da própria Constituição, depende menos da *determinação* das expressões – maior ou menor estrutura semântica (intensidade significativa), maior ou menor detalhamento (extensão significativa) –, formalmente utilizadas na cunhagem da disposição normativa da Constituição, do que da *determinabilidade “a priori”* do objeto do direito fundamental de que se cuida. A *determinação*, em intensidade e em extensão, do enunciado normativo interfere, isto sim, na liberdade de conformação do legislador.<sup>29</sup>

Em suma, o direito fundamental carecerá tanto mais da concretização legislativa e, reflexamente, o legislador estará tanto mais a isso obrigado, quanto menor for a *determinabilidade* de seu objeto (a partir da própria Constituição) e, *ipso facto*, a *densidade normativa* da disposição de direito fundamental; o legislador, por outro aspecto, estará tanto mais limitado em sua liberdade de conformação material, já pressuposta a iniciativa no ato de concretização da norma fundamental, quanto maior for a *determinação* semântica dos termos em que esta vem enunciada. A isso retornaremos, com maior precisão, no tópico 3, *infra*.

Finalmente, a **terceira** palavra por ser ensaiada: o problema da carência de condições de *determinabilidade*, ao implicar a

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, R. Alexy é enfático: “Quien les da poco contenido delega mucho en el legislador, algo que pode ser considerado como una decisión mediata acerca de la estructura normativa básica del Estado y la sociedad.” (2002, p. 505).

necessidade e obrigatoriedade de concretização legislativa (*interpositio legislatoris*) terá um reflexo importante – a ser também explorado com mais espaço adiante –: embora não ceife de toda dimensão subjetiva o direito fundamental, implica seja ela reputada assaz restrita. Nesse ponto, cumpre considerar que todo direito fundamental implica uma posição jurídica subjetiva tutelável, mas não todas consistem em ***direito subjetivo***, em sentido próprio, isto é, como faculdade (ação de direito material) de fazer valer, de fato, uma posição jurídica de interesse próprio tutelado, habilitando (ação processual), em hipótese de violação, à provocação da atuação dos meios jurisdicionais de cognição e coerção estatais (justiciabilidade).

Utilizando fragmentos de certa lição do Prof. Gomes Canotilho,<sup>30</sup> que realça a distinção entre “direitos subjetivos *prima facie*” e “direitos subjetivos *definitivos*”, podemos construir que a *necessidade* de interposição legislativa, a qual pressupõe a *indeterminabilidade* “a priori” do direito fundamental, implica a outorga de **direitos subjetivos *prima facie***, significando **posições jurídicas subjetivas ainda imantadas pela dimensão *objetiva*** do direito fundamental, da qual é corolário precisamente a *obrigatoriedade* de concretização legislativa, como ora cuidamos. Nesse sentido, trata-se ainda de um “direito” à concretização legislativa, que, em geral, precisamente revelando que se trata de desdobramento da dimensão objetiva, somente autoriza a tutela judicial em sede de *controle de constitucionalidade por omissão* e, na peculiaridade da Constituição brasileira, também mediante o *mandado de injunção*, que, mesmo assim, não visa senão à carecida complementação de eficácia.

Os direitos subjetivos em sentido estrito e próprio correspondem aos chamados **direitos subjetivos *definitivos***, que, à partida, pressupõem a *determinabilidade* de que ora tratamos, mas não apenas ela.

---

<sup>30</sup> 2004, p. 66.

### 2.3 Parâmetro interpretativo e padrão jurídico de controle judicial de normas

Como parâmetro interpretativo, os direitos fundamentais operam como fator a indicar, dentre várias interpretações possíveis dos enunciados legais, “a solução mais favorável ao direito fundamental”.<sup>31</sup>

Além disso, os direitos fundamentais sociais atuam como parâmetro interpretativo em relação aos demais direitos fundamentais, inclusive dos direitos de liberdade. Negar isso pressuporia, no mínimo, defender-se uma hierarquia apriorística e abstrata entre os direitos fundamentais, ou, por outro modo, negar-lhes a relatividade; e, no máximo, refutar a fundamentalidade e o compartilhamento, entre todos os direitos fundamentais, da já aludida unidade axiológica fincada na dignidade humana.

Como já mencionamos, os direitos fundamentais são, em última análise, todos eles, densificações primárias, de nível constitucional, dos valores fundamentais assentados na dignidade humana, como os seus corolários imediatos: a liberdade e a igualdade. Portanto, abstratamente considerados, uns não prevalecem sobre os outros, e, nesse sentido, nenhum deles é absoluto. Por outro aspecto, assim como a possibilidade de colisões *in concreto*, a condição de parâmetros recíprocos de interpretação não contradiz tais afirmações, antes as confirma.

Se um direito fundamental prevalecesse *a priori* sobre outro, admitindo-se hierarquização abstrata, a colisão, ainda que existisse, não passaria de um falso problema, pelo menos teórico. As colisões entre direitos fundamentais são colisões de princípios<sup>32</sup> de igual hierarquia jurídico-normativa. E, precisamente por não prevalecerem abstratamente um em face do outro, as colisões *in concreto* devem ser levadas a sério, exigindo sempre a ponderação de bens – daí a afirmação de Alexy no sentido de que “princípios e ponderação são

---

<sup>31</sup> Andrade, 2006, p. 393.

<sup>32</sup> Este, aliás, um dos pressupostos básicos da chamada *teoria dos princípios*. V. Alexy, 2002, p. 86-115.

dois lados do mesmo objeto”<sup>33</sup> – como ferramenta indispensável, de cujo manejo resultará a exata e concreta medida da extensão dos direitos fundamentais. Na ponderação, que resultará na definição da extensão em que um dos direitos fundamentais prevalecerá sobre o outro na aplicação ao caso concreto, interferem fatores/possibilidades fáticos do caso e jurídicos, sendo que, destes últimos, participa o direito fundamental em sentido contrário.

Nesse sentido, portanto, é que se afigura lícito afirmar que um direito fundamental é parâmetro necessário na interpretação-aplicação de outro.

Demais disso, isto é, além de parâmetro interpretativo das normas do ordenamento jurídico em geral e, particularmente, também dos demais direitos fundamentais, uns em face dos outros, os direitos fundamentais sociais a prestações funcionam como padrão jurídico de controle judicial de *normas*.

O controle jurisdicional sobre a constitucionalidade de normas implica, como já assentamos no subitem anterior (2.2), a verificação da compatibilidade do conteúdo das concretizações legislativas, sob o ângulo da limitação da liberdade de conformação do legislador, com as prescrições de conteúdo veiculadas pelas disposições de direito fundamental social a prestações. Aqui, caberá controle de constitucionalidade por ação, tanto para a hipótese de ato normativo concretizador frontalmente discrepante das diretrizes de conteúdo fixadas pela disposição fundamental, como também, ressalte-se, para a hipótese de *omissão parcial*,<sup>34</sup> configurada quando a lei

---

<sup>33</sup> 2007a, p. 64.

<sup>34</sup> Conforme entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite-se o controle de constitucionalidade não só em face de *omissão total*, mas também, de *omissão parcial*. Em tal hipótese, o instrumento adequado será a ação direta de inconstitucionalidade por *ação*. Caso emblemático foi o da ação dessa espécie movida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura contra o Presidente da República, questionando a constitucionalidade de medida provisória (ato normativo do Poder Executivo, dotado de força de lei – CRFB/1988, art. 62), que estabelecia o valor do salário-mínimo em patamar de valor insuficiente e “incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família“. Refira-se que o

concretizadora oferece proteção insuficiente e irrazoável a direito fundamental social contemplado por política pública por ela (pela lei) densificada.

#### 2.4 Proibição de “retrocesso social” ou a irreversibilidade das concretizações legislativas de direitos sociais

Também relacionado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais a prestações, afigura-se pertinente outro problema de eficácia: a revogação de uma lei concretizadora que já implementara o direito social pode ser declarada inconstitucional pela justiça constitucional por reverter a eficácia, já operante, do direito fundamental?

A questão não é simples e tangencia o chamado **princípio da proibição do retrocesso social**, ou da não reversibilidade das concretizações de direitos fundamentais sociais<sup>35</sup>. Com efeito, há posições contra e a favor, assim como intermediárias.

Argumentos contrários alegam, por exemplo, que, a prevalecer, a irreversibilidade implicaria a petrificação do direito infraconstitucional, submetendo, além do mais, as gerações futuras ao padrão de socialidade da geração autora da lei de concretização, fazendo *tabula rasa* da mutabilidade inerente aos fenômenos sociais. Posições a favor do princípio em alusão, por sua vez, defendem que a implementação de condições de justiça social gera expectativas de longo prazo e a

---

Supremo Tribunal chegou a manifestar, na fundamentação, a omissão parcial, sob o argumento de que “o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica”. Não se chegou, no caso, à decisão do mérito, por carência superveniente do objeto, em razão da perda de validade da medida provisória questionada. (STF: ADIn nº 1442 / DF, rel. Min. Celso de Mello).

<sup>35</sup> Com essa dicção e com um tratamento doutrinário *ex professo* sobre o tema, v. Queiroz, 2006, p. 61-81.

reversibilidade, ao talante do legislador ordinário, criaria insegurança jurídica e quebra da proteção da confiança nas instituições<sup>36</sup>.

As posições de completa negação ou de acatamento irrestrito parecem não se sustentar em bases sólidas, principalmente porque, segundo o que delas se depreende, desvirtuam o real significado do princípio em causa. O não-retrocesso social parte do pressuposto da obrigatoriedade de concretização legislativa do direito fundamental social, mas não sob o ângulo da vinculatividade positiva do legislador, mas sim, negativa, no sentido de que a concretização já realizada, sobre ser condição de eficácia plena da norma de direito fundamental já implementada, não pode ser, sem mais, retirada do cenário jurídico, o que equivaleria a ceifar de eficácia a própria norma constitucional, altura a que não pode chegar o legislador ordinário.

Com efeito, uma vez densificado suficientemente o enunciado normativo de direito fundamental, permitindo potencialmente já a concretização da norma em definitivo, mediante a interpretação-aplicação jurisdicional, tem-se unidade objetivo-normativa entre Constituição, lei densificadora e decisão judicial, sendo que esta, em último grau de concretização, pronunciará a norma a ser aplicada ao caso concreto. De tal arte, enquanto elo dessa corrente, a lei concretizadora (densificação de segundo grau) não pode ser abolida do cenário jurídico, sem que comprometida resulte a eficácia plena, já assegurada, do próprio direito fundamental.

Sob esse ângulo, portanto, o não-retrocesso social significa a limitação ao legislador de grau inferior, imposta por um imperativo de preservação da eficácia já assegurada ao direito social preconizado por disposição normativa da Constituição, de revogar a lei concretizadora, sem que outra concretização se lhe siga. Dito de outro modo e em suma, emprestando de Jorge Miranda expressões exatas, trata-se, no aspecto em foco, de “impedir a abrogação (*sic* – em português europeu) pura e simples” da norma legal que, sob a vigência da norma constitucional, forma com ela uma “unidade de sistema”.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Esta segunda tese, note-se, convoca fundamentos do que, ao nitidamente refutá-lo, o STF denominou “direito adquirido a regime jurídico” (STF - Adin 3.104/DF, Rel. Cármen Lúcia).

<sup>37</sup> Miranda, 2000, p. 398.

Outro ângulo da questão seria o da distinta conformação do conteúdo da concretização, considerando, em vez de ab-rogação, houvesse derrogação mediante nova e diferenciada normalização infraconstitucional. Aqui também, o princípio do não-retrocesso não pode ser tomado na base do *tudo ou nada*. Há que se considerar o condicionamento dos fatos e sua mutabilidade ordinária, mas não como chancela a arbitrárias inovações concretizadoras e sim como fator a implicar modificação razoável e compatível, o que atrai a incidência relevante, no aspecto, do princípio da proteção de confiança, a ser velado, não em último lugar, pelo próprio legislador.

O fiel será, ainda e sempre, a Constituição, enquanto norma objetiva superior, e não, o padrão legal precedente.

### **3. Função jurídico-subjetiva: aplicabilidade direta e justiciabilidade dos direitos fundamentais – os direitos fundamentais sociais a prestações, em especial**

Aspecto ancilar à abordagem das eficácias dos direitos fundamentais, ou genericamente de sua força normativa, é o que concerne à sua aplicabilidade, se imediata ou não. Sob a ótica do Direito brasileiro, embora haja posições dissonantes, há nítida tendência hodierna de domínio da vertente que interpreta a cláusula de aplicabilidade imediata veiculada no art. 5º, § 1º da Constituição, como compreensiva dos direitos e garantias fundamentais em geral, sem fazer acepção entre direitos de liberdade e direitos sociais, como, aliás, enxerga-se já na própria dicção literal do dispositivo. No caso de Portugal, pelo contrário, à vista do teor expresso do art. 18, da CRP/1976, que circunscreve o regime de aplicabilidade direta aos direitos, liberdades e garantias, a interpretação que tem prevalecido é mesmo a de exclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais, que, assim, não desfrutariam da mesma aplicabilidade.

Mas, essa distinção comparativa, entre as duas Constituições, segundo nos parece, é mais aparente do que real. Como é de se verificar,

a CRP/1976 agrupou os direitos fundamentais – “direitos, liberdades e garantias”, de um lado; “direitos económicos, sociais e culturais”, de outro –, levando em conta, em grande medida, a distinção de conteúdos negativo e positivo entre os direitos fundamentais. Como defenderemos neste tópico, a diversidade de conteúdos negativo (direito de defesa) e positivo (direito a prestações) tem implicações importantes em relação à *determinabilidade* do objeto do direito fundamental e, conseqüentemente, em relação à questão da “aplicabilidade direta”, em sentido próprio, havendo mesmo que se reconhecer uma posição mais favorável à determinabilidade e à aplicabilidade direta, ínsita aos direitos de defesa. Logo, a norma do art. 18, nº 1, ao circunscrever o regime de aplicabilidade direta aos “direitos, liberdades e garantias”, tornando expresso o que já seria inferível por imperativo de congruência sistemática, chega a ser **expletiva**. Diverso sói ser o caso da Constituição brasileira, que não deu à dupla catalogação de direitos fundamentais de liberdade e sociais a mesma sistemática de divisão correspondente às dimensões negativa e positiva.<sup>38</sup> Assim, ao não ter feito aceção, quanto à cláusula de aplicabilidade imediata que consagrou, entre direitos de liberdade e direitos sociais no dispositivo-paradigma de seu texto (Art. 5º, § 1º), adotou postura cautelosa, evitando contradições.

---

<sup>38</sup> Para apanhar-se uma ideia da diversidade de tratamento normativo conferido aos respectivos catálogos de direitos fundamentais, observe-se, v. g., que, enquanto a Constituição brasileira situa o direito à greve entre os “direitos sociais” (Título II, Cap. II, art. 9º, da CRFB/1988), a Constituição portuguesa situou tal direito fundamental, malgrado o seu nítido caráter “social”, entre os que denomina “direitos, liberdades e garantias” (Título II, Cap. III, art. 57º, da CRP/1976), e não, entre os “direitos económicos, sociais e culturais” (Título III). Para nós, indiferentemente ao distinto enquadramento das duas Constituições, o direito à greve dos trabalhadores é *direito fundamental social análogo aos direitos de liberdade*, à vista de seu conteúdo predominantemente “negativo” (a exigir antes abstenções do que prestações do Estado), de modo que, conforme as razões que avançaremos no texto, desfruta tal direito de uma posição favorável à determinabilidade de seu objeto ou âmbito de proteção e conseqüentemente à aplicabilidade direta.

Seja como for, o fato é que, indiferentemente ao caráter explícito ou implícito das disciplinas constitucionais em cada âmbito, a norma sobre a aplicabilidade direta, dado o seu vasto espectro normativo de conformação de regimes de aplicação de outras normas, dificilmente poderá ser considerada uma fixação definitiva (norma-regra); consubstancia, isto sim, uma norma-princípio, a ser cumprida de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto, à medida que muitos e variados fatores interferirão na sua concretização. Sendo assim, a questão da aplicabilidade direta, em sentido próprio, dos direitos fundamentais não se resolve na base do tudo ou nada, demandando inevitavelmente ponderações.

A questão atinente à aplicabilidade imediata ou não dos direitos fundamentais **não** discute sua *validade* enquanto normas jurídicas objetivas. É que as normas de direito fundamental, todas elas indistintamente, valem como normas jurídicas, positivadas que o foram na Constituição<sup>39</sup>. Com efeito, a concepção contemporânea de constituição repudia o caráter de estatuto simplesmente proclamador, que se conciliava com normas *meramente programáticas*, desvestidas de juridicidade<sup>40</sup>. Vale salientar que a identificação de normas de *direito fundamental social a prestações* como normas *meramente programáticas* contraria nitidamente essa nova concepção. Trata-se, isto sim, de normas jurídicas – no mais das vezes, *normas-princípio*, isto é, “mandados de otimização”, em razão de comportarem diferentes

---

<sup>39</sup> “A Constituição contém normas e só normas”. (CORREIA, 1998, p. 437. Grifo do autor).

<sup>40</sup> A propósito, Canotilho, 1995, p. 17: “Como se sabe, a través de la idea de *derecho directamente aplicable* expresamente plasmada en el artículo 1.3 de la *Grundgesetz* («*Unmittelbar geltendes Recht*») se pretende afirmar que la Constitución se impone como ley incluso en el ámbito de los derechos fundamentales, que, de esta forma, no pueden ser rebajados a simples declaraciones o normas programáticas o, aún, a simples fórmulas de oportunidad política. Todavía, la expresa afirmación de la vinculatividad no significaba ni significa que las normas consagradoras de derechos fundamentales excluyan la necesidad de una mayor dosificación normativa operada sobre todo a través de la ley.”

graus de cumprimento, condicionado a possibilidades reais e jurídicas.<sup>41</sup>

Assim, insista-se, dê-se que positivada – expressa ou tacitamente (direitos fundamentais não-enumerados) – na Constituição, toda norma de direito fundamental *vale incontinenti* como norma jurídica (regra ou princípio) e, como tal, produz efeitos jurídicos. Importante destacar que tal aspecto, não raro, tem sido olvidado por parte da doutrina brasileira que, sem considerá-lo, defende, à vista do teor literal do art. 5º, § 1º da Constituição, a aplicabilidade imediata, sem mais, dos direitos fundamentais sociais a prestações, quando, na verdade, está a tratar da “juridicidade imediata” – o que, enquanto normas de direito fundamental, é corolário mesmo do princípio de constitucionalidade. Afirmar que os direitos fundamentais geram certos efeitos jurídicos, inerentes à sua eficácia própria de direito objetivo, não é tecnicamente equivalente à afirmação de sua “aplicabilidade imediata”, em sentido próprio.

A questão sob foco concerne, isto sim, à “*exequibilidade potencial*”<sup>42</sup> das normas de direito fundamental, isto é, se a norma de direito fundamental, mais do que gerar certos efeitos jurídicos, corolários de sua eficácia como norma objetiva, já se apresenta, ou não, apta a gerar, desde logo, *todos* os seus *potenciais* efeitos jurídicos (inclusive a eficácia de gerar originariamente direito subjetivo *definitivo*), considerada *per se*.

Ora, quanto a esse aspecto, há interesse e relevância em se discutir acerca de direitos cujo objeto ou âmbito de proteção sejam totalmente *determináveis* ou não, a partir da própria Constituição.

<sup>41</sup> Como é de se notar, pressupõe-se aqui adesão à concepção estrutural dos direitos fundamentais compatível com a teoria dos princípios, nos moldes do desenvolvimento a ela conferido por Robert Alexy. Vide nota nº 32.

<sup>42</sup> Andrade, 2006, p. 208. Importante destacar que o autor distingue *aplicabilidade imediata* (a que corresponde a *exequibilidade potencial*) e *exequibilidade imediata*. Ainda que potencialmente exequíveis, por serem determináveis, alguns direitos, liberdades e garantias não o serão efetivamente e, assim, carecerão de *exequibilidade imediata*, quando dependerem de uma “regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento”. (Ibidem, p. 210). A distinção parece corresponder a que empreende Jorge Miranda entre *normas preceptivas exequíveis* e *normas preceptivas não exequíveis* (2003, p. 276-277).

Dito de outro modo, as normas cujo conteúdo possa ser definido satisfatoriamente por interpretação jurídico-constitucional poderão ser imediata e diretamente aplicadas, mesmo que não tenha havido a edição de lei que viesse a densificar, ainda mais, o seu conteúdo.<sup>43</sup> E, conexamente, em linha de princípio, independentemente de *interpositio legislatoris*, significa que o juiz pode extrair o conteúdo da norma de direito fundamental e aplicá-la em um caso concreto.

Atente-se, contudo, que não se pode olvidar a referibilidade de todas as normas a casos concretos de aplicação, de modo que a *determinabilidade* de uma norma, não pode ser sindicada senão a *partir* do plano abstrato, mas não *limitadamente* a ele. A interpretação judicial, sob concepções pós-positivistas,<sup>44</sup> não pode prescindir da referência ao concreto,<sup>45</sup> o que não se circunscreve ao momento da aplicação, antes, orienta a atividade do intérprete desde os primeiros passos no processo de disquisição de sentido da norma (*rectius*: disposição normativa), interferindo, por conseguinte, em sua *determinabilidade*.

Por outro lado, como já antecipamos<sup>46</sup>, a suficiência do grau constitucional (primário) de densidade normativa é exigida como condição primária (não exclusiva), para que se reconheça à norma a

<sup>43</sup> Em sentido semelhante, afirmando que “o que importa, relativamente aos direitos sociais prestacionais, é a possibilidade (ou não) de se alcançar a definição de seu objeto, isto é, do conteúdo e alcance da prestação, através de mecanismos especificamente jurídicos...”, v. Sarlet, 2007, p.328-329.

<sup>44</sup> Embora não seja aqui o espaço para tal discussão teórica, mencione-se, apenas, que a concepção positivista (KELSEN) de que os fatos apenas “emolduram” as normas, implicando a chancela ao arbítrio judicial, foi superada, impondo-se ao intérprete constitucional a concretização da norma, isto é, a sua interpretação orientada ao caso de aplicação, pressupondo a “incorporación de la ‘realidade’ de cuja ordenación se trata”. V. Hesse, 983, p. 43.

<sup>45</sup> V. Müller, 2005, p. 50: “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem, de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela.”

<sup>46</sup> Vide subitem 2.2, supra.

possibilidade de esgotar todos os seus potenciais efeitos a partir da própria Constituição. E depende menos da *determinação* das expressões – em intensidade e em extensão significativas –, utilizadas na sua enunciação formal-positiva na Constituição, do que da *determinabilidade* do objeto do direito fundamental de que se cuida.

Cumpre reconhecer que, de ordinário, a *determinabilidade* será tanto mais favorecida, e, por conseguinte, a solução do problema de aplicabilidade será tanto mais favorável à aplicação direta (em sentido próprio) da norma, quanto menos a norma imponha tarefas fático-materiais ao destinatário passivo do direito fundamental.

Com efeito, quando se trata de direitos negativos ou de defesa, à medida que implicam, de ordinário, preponderantemente abstenções ao Estado, a determinabilidade do conteúdo se resolve *quantum satis* negativamente, por exclusão, prescindindo de lei para definir-lhe a extensão exata. Por outro lado, como o conteúdo do direito fundamental é simplesmente um *abster-se* de atuar, outros fatores jurídicos e fáticos, tipicamente implicativos do atuar positivo do Estado, não se apresentam como relevantes. Nessas condições, a força impositiva do direito fundamental, incondicionada por outros fatores jurídicos e da realidade constitucional, dependerá, em exclusivo, da densidade normativa – já apreendida – da norma fundamental. Por exemplo, o objeto do direito fundamental à liberdade de culto, em sua dimensão estritamente negativa, abrange a não interferência do Estado na doutrina de certa religião. Mesmo que o enunciado da norma jus-fundamental não tenha *determinado* previamente tal extensão de conteúdo, trata-se claramente de conteúdo *determinável* de plano, ainda que faltante qualquer intervenção do legislador, de maneira que a sua aplicação poderá ser direta. O mesmo pode ser dito quanto ao direito de greve dos empregados da iniciativa privada, que, à luz da Constituição brasileira, como já aludimos<sup>47</sup>, é direito fundamental social de defesa análogo aos direitos fundamentais de liberdade.

---

<sup>47</sup> Ver nota nº 38, supra.

Em tais hipóteses, a *determinabilidade* de conteúdo é favorecida ou *ampla*, e a *justiciabilidade é plena*<sup>48</sup>, uma vez que a norma constitucional já é portadora, mesmo em grau primário, de densidade normativa suficiente a habilitar à concretização judicial. E, como o direito habilita, diretamente, à postulação pelo sujeito ativo em juízo, pressupõe-se que a sua *dimensão subjetiva* (de *direito subjetivo*, em sentido estrito) foi revelada a partir da própria Constituição, tratando-se, por conseguinte, de um direito subjetivo *originário e definitivo*.<sup>49</sup>

No que concerne aos direitos fundamentais a prestações, sobretudo os direitos sociais a prestações materiais ou fáticas, o que acontece é o oposto, embora não sempre. Deveras, ordinariamente, os direitos fundamentais desse tipo, por demandarem prestação positiva do Estado, implicam grau reduzido de *determinabilidade* a partir da própria Constituição, não porque o enunciado é vago ou assaz abstrato (indeterminação ou abertura semântica), mas, sobretudo, porque a dimensão positiva – máxime quando se trata de prestacional-fática – de certo direito fundamental além de submetê-los, à vista da relevância econômica do objeto desses direitos, em grande medida, a não olvidável condicionamento financeiro, envolve ordinariamente a definição de critérios e pressupostos fáticos de concessão e recebimento da prestação, nem sempre apreensíveis diretamente do texto constitucional. Com efeito, como é frequente, em se tratando de direitos fundamentais

---

<sup>48</sup> Salvo quando a própria norma constitucional expressamente subordina a aplicabilidade à *interpositio legislatoris*, lançando mão de expressões como “*na forma da lei*” (CF, art. 5º, VI, 2ª parte; XVIII, 2ª hipótese; XXXII; art. 37, VII, etc.). Em tais hipóteses, mesmo o direito fundamental de defesa ou de liberdade não terá a sua justiciabilidade *plena*, uma vez que a norma não terá gerado direito subjetivo originário definitivo. A lei exigida pela Constituição, em tais hipóteses, complementando a sua eficácia, determinará afinal o âmbito de proteção, o objeto do direito fundamental, implementando a condição. Por outro termo, verificamos que tal fórmula enunciativa exprime uma fixação (norma-regra) do princípio da preferência do legislador na concretização da constituição (Vide nota nº 25, supra).

<sup>49</sup> Nesse sentido, correlacionando *justiciabilidade* e dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais, v. Novais, 2003, p. 140 (texto e notas de rodapé).

desse tipo, não todos os elementos de bastante delimitação normativa do conteúdo do direito fundamental são dados no primeiro grau de densificação normativa (ao nível do enunciado normativo constitucional definidor do direito fundamental social a prestações), fazendo-se imperativa a prévia concretização (densificação de segundo grau) pelo legislador para que haja a aplicação a um caso concreto, mediante a concretização-aplicação judicial.

Note-se, portanto, que a carência de *determinação* (semântica) desacompanhada da ausência de condições de *determinabilidade*, não chega a ser um problema real a comprometer a aplicabilidade direta e a justiciabilidade porque, ainda que implicasse maior liberdade de conformação (quanto ao “como”) ao legislador, não teria exigido necessariamente a intervenção deste mediante concretização legislativa (liberdade quanto ao “se”), sendo perfeitamente solúvel mediante o manejo das técnicas de interpretação especificamente constitucional, adequadas e, *ipso facto*, preordenadas e concebidas, precisamente a arrostar os problemas que coloca a abertura semântica tipicamente acentuada das normas constitucionais em geral e notadamente as definidoras de direitos fundamentais. Pelo contrário, como o demonstramos, quando a Constituição não fornece, primariamente, condições de *determinabilidade* satisfatória de conteúdo (âmbito de proteção e critérios e pressupostos fáticos de acesso a prestações) de certo direito fundamental, indiferentemente a se há ou não *determinação* semântica nos termos do enunciado que o define, o empeco à justiciabilidade é sério e real.

Assim, quando se trata dos direitos fundamentais a prestações, a *determinabilidade* é reduzida, e a *justiciabilidade*, condicionada, no sentido de que só será plena, pressupondo-se em tese direito subjetivo originário a prestações, desde que não afetada, em primeiro lugar, pela *indeterminabilidade* normativa do objeto do direito fundamental, mas também por outros fatores jurídicos e/ou fáticos tipicamente implicativos nos casos concretos.

A propósito, calha entremeter aqui que a carência eventual de *determinabilidade* não esgota os óbices oponíveis à justiciabilidade

dos direitos fundamentais sociais a prestações. Com efeito, mesmo não sendo o desiderato deste trabalho avançar sobre os demais condicionamentos à justiciabilidade dos direitos fundamentais, refira-se apenas que, quando se trata de direitos a prestações fáticas, interferem, não raro, certos condicionamentos jurídicos (regras e, precipuamente, princípios em sentido contrário) – como a divisão de poderes, igualdade no acesso a prestações de direitos fundamentais –, além de fáticos – sobretudo o fator financeiro, a chamada reserva do financeiramente possível. Todavia, nisso avançaremos apenas para deixar bem vincado que se trata de condicionamentos tipicamente implicativos, é certo, mas não obstáculos incontornáveis, resolvendo-se os conflitos *in concreto* mediante a ferramenta da *ponderação de bens*, considerando-se, de um lado, tais condicionamentos jurídicos e fáticos conforme se apresentem no caso concreto e, de outro, o peso relativo do direito fundamental concretamente em questão.

Tais fatores, concernentes a princípios específicos que tipicamente se mostram implicativos ou opostos, no caso concreto, à realização de direitos fundamentais a prestações, acrescidos à ordinária determinabilidade reduzida desses direitos, condicionam-lhes a justiciabilidade, mas não a ceifam *a priori*. Logo, não há como afirmá-la em tese inexistente.

A propósito, direitos fundamentais sociais a prestações como o direito a benefício de assistência social (CRFB/1988, art. 203), direito ao ensino fundamental (art. 208), assistência judiciária gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV), são hipóteses frequentemente identificadas, à vista de situações concretas, de indubitosa *determinabilidade* normativa a partir da própria Constituição, assim como se lhes tem frequentemente reconhecido *in concreto* peso relativo superior frente a outros condicionamentos jurídicos e fáticos.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Emblemático, a propósito, o caso do *direito fundamental à educação infantil*, objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no ARegRE nº 410.715-5/SP, julg. 22/11/2005, rel. Min. Celso de Mello: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas

Importante atentar, alfim, que afirmar, como o fazemos, que a justiciabilidade é *condicionada* (em vez de dizê-la *inexistente*), ao par de preservar a congruência com a asseveração de uma verdadeira eficácia normativa dos direitos fundamentais (de todos eles), implica a vantagem de evitar-se não desimportante incongruência ligada ao Direito Processual. A propósito, note-se que não é indiferente, em termos cognitivos e de consequências processuais, o afirmar-se que certa pretensão material relacionada à alegada violação de direito fundamental originário (a partir da própria Constituição) é, *a priori*, injusticiável e, de outro modo, que tal pretensão tem a sua justiciabilidade *condicionada*. Ora, a primeira afirmação pressuporia, a um só tempo, a negação apriorística da existência de um direito subjetivo, no plano do direito material, e, conexo a este, no plano do direito processual, a negação de condição de procedibilidade da ação, qual seja, a *possibilidade jurídica do pedido*<sup>51</sup>, cognoscível *in statu assertionis*, sendo que a consequência processual seria necessariamente o indeferimento liminar da petição inicial de postulação da causa<sup>52</sup>.

Diversamente, quando, ao largo de se afirmar, sem mais, *injusticiável* a pretensão do gênero, diz-se que a justiciabilidade é *condicionada*, supõe-se corretamente que a pretensão de direito material deduzida *initio litis*, pode estar relacionada à provável violação de um possível direito subjetivo *definitivo*, sendo precisamente o que vai ser alegado no interesse do autor desde a peça inaugural do procedimento judicial. Como tal afirmação é cognoscível *in statu assertionis*, apresentar-se-ão, nesse nível cognitivo atendidas, sob o aspecto que nos interessa as condições de procedibilidade da ação. E,

---

públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

<sup>51</sup> Ou, para os que não admitem esta como a terceira condição de procedibilidade da ação processual, aderindo à segunda fase do pensamento de Enrico T. Liebman, *interesse processual*. V. Watanabe, 2000, p. 76.

<sup>52</sup> Cód. de Proc. Civil, art. 295, par. único, n.º III.

portanto, em sucessivo a configuração ou não do direito subjetivo *definitivo* consubstanciará uma questão (prejudicial) de mérito<sup>53</sup>, a exigir, portanto, operações de maior intensidade cognitiva<sup>54</sup> em torno, não só da abstrata disposição constitucional, mas também de interferentes (no caso concreto) fatores jurídicos (determinabilidade do conteúdo do direito fundamental, princípios da igualdade e da divisão de poderes, outros princípios contrários) e fáticos (condições pessoais de acesso à prestação, fator financeiro etc.), a participarem de devidas e necessárias ponderações. O resultado dessas operações, se favorável ao peso do direito fundamental apurado como aplicável diretamente a partir da Constituição, terá implementado a *condição* da *justiciabilidade*, por se tratar de um direito subjetivo originário e *definitivo*. Caso contrário, se o resultado das operações de exame meritório em referência apontar para a *não-justiciabilidade*, ter-se-á identificado não mais que um direito fundamental *prima facie*<sup>55</sup>, e a consequência processual será o julgamento do mérito pela improcedência o pedido (CPC, art. 269, I).

Em suma, afirmar a injusticiabilidade *a priori* de certos direitos, por pressupor recusar-lhes *tout court* a dimensão de direitos subjetivos definitivos, submete, na prática, toda e qualquer postulação em torno deles a necessário juízo negativo e liminar de admissibilidade do instrumento processual, inviabilizando que qualquer disquisição judicial pudesse avançar minimamente. Pelo contrário, a tese da justiciabilidade condicionada como a defendemos ao pressupor, no mínimo, o caráter de direitos subjetivos *prima facie*, preserva ao Judiciário a cognoscibilidade sobre a matéria de fundo, revelando-se, pois, consentânea com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/1988, art. 5º, XXXV).

<sup>53</sup> Note-se que o ponto principal de mérito será, pressuposta a configuração do direito subjetivo *definitivo*, a respectiva e alegada violação.

<sup>54</sup> Watanabe, 2000, p. 95 et passim.

<sup>55</sup> Insuscetível de amparo maior do que o obtenível limitadamente mediante instrumentos de reação à omissão do legislador (ação de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção).

#### 4 Conclusões

Em jeito de balanço sintético do quanto expandido neste artigo, tem-se que a força normativa dos direitos fundamentais, de todos eles, é espelho e ao mesmo tempo reflexo de sua condição de norma jurídica objetiva constitucional. Sendo assim, as normas de direitos fundamentais valem e geram efeitos jurídicos, embora não necessariamente os esgotem (eficácia de direito subjetivo *definitivo*), porque haverá força jurídica variável<sup>56</sup> emanada diretamente a partir da Constituição, conforme o grau de implicação *in concreto* de fatores como, já à partida, a *determinabilidade* do conteúdo do direito fundamental.

O seguinte quadro pode esboçar um resumo das principais conclusões extraíveis de nossas considerações neste trabalho:

#### Quadro sinótico

??	Direito Objetivo	Determinabilidade ampla e Justiciabilidade plena	Determinabilidade reduzida e Justiciabilidade condicionada	Direito subjetivo <i>prima facie</i> , no nível da Constituição	Direito subjetivo <i>definitivo</i> , no nível da Constituição
Direitos fundamentais de <i>defesa</i> <sup>57</sup>	X	X	-	-	X
Direitos fundamentais a <i>prestações</i> (sobretudo, direitos sociais)	X	-	X	X	A depender de ponderações, à luz do caso concreto (direito fundamental a prestações <i>versus</i> princípios específicos em sentido contrário + possibilidades fáticas)

<sup>56</sup> Em sentido algo semelhante, v. Sarlet, 2007, p. 296-297.

<sup>57</sup> Cumpre atentar que há direitos fundamentais sociais análogos aos direitos de defesa ou liberdade, em que predomina a dimensão negativa, podendo ser designados *direitos sociais de defesa* e participando, por conseguinte, desta posição no quadro. É o caso, p. ex., do direito à greve dos trabalhadores sob regime empregatício. Vide nota nº 38, supra.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. Trad. de Luís Afonso Heck. In: **Constitucionalismo discursivo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a, p. 55-69.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 71-92.

\_\_\_\_\_. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha, in: **Constitucionalismo discursivo**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007c, p. 93-104

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. 1. ed., 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. Modernas Formas de Interpretação Constitucional. In: **Tendências do direito público**: no Limiar de um Novo Milênio. Celso R. Bastos e André R. Tavares (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 68-77.

BÖCKENFÖRDE, Ernst W., Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Trad. de Ignacio Villaverde Menéndez. In: \_\_\_\_\_. **Escritos sobre los derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44-69.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. S. Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **¿Revisar la/o romper con la Constitución Dirigente? – Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo**. Trad. esp. in: Revista Española de Derecho Constitucional, Año 15, n. 43, jan.-abril, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2000

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: \_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 35-68.

CORREIA, Maria Lúcia C. A. Amaral P. **Responsabilidade civil do estado e dever de indemnizar do legislador**, Coimbra: Coimbra, 1998. ➤

DENNINGER, E. Principios constitucionales y derechos fundamentales como normas abiertas. In: PINA, Antônio López (Org.). **División de poderes e interpretación**, Madrid: Tecnos, 1987, p. 179-184.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Sete vezes democracia**. São Paulo: Convívio, 1977.

FORSTHOFF, Ernst. Concepto y Esencia del Estado Social de Derecho. In: **El estado social**. Trad. espanhola de José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 69-106.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Trad. para o espanhol de Raúl Sanz Burgos et al. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional. Trad. de Ana María Montoya. In: **Constitución como cultura**. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, 2. ed. Trad. de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In: **Escritos de derecho constitucional**. Trad. de Pedro Cruz Villallón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 33-57.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. Nova York: Norton, 1999.

JUAN MARTÍN, Angel de. Comentários en torno a la jurisdicción constitucional. In: **El Tribunal Constitucional**. Vol. II, Madrid: Dirección General de lo Contencioso del Estado – Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1329-1356.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II, 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

Direito e Desenvolvimento - ano 1, nº. 1, jan/jun 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo – pelo Controle das Políticas Públicas. Ecos de um congresso: a próxima missão. In: **Revista de Direito do Estado**, nº 4 – outubro/dezembro 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 403-412.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los Derechos Fundamentales**. 8. ed. (reimpr.). Madrid: Tecnos, 2005.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.