EFICÁCIA APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS

Cintia Sousa de Freitas[*]

RESUMO: O presente trabalho pauta-se em analisar o atual panorama dos direitos fundamentais sociais no Brasil, no que diz respeito à sua posição na Constituição Federal de 1988, à eficácia e aplicabilidade de suas normas constituidoras, a partir de seu art. 5º, §1º. Discute-se, portanto, a importância que os direitos fundamentais sociais possuem dentro do ordenamento jurídico, por serem direitos essenciais e, por isso fundamentais, para a vida humana, analisando-se, conjuntamente, sua grande força normativa, presente na Lei Maior, para sua real efetivação e vinculação de todos, pautando-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana e do não retrocesso social, de acordo com a concepção de Estado Democrático e Social de Direito.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais. eficácia. aplicabilidade.
KEYWORDS: Social fundamental rights. efficacy. applicability.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, um Estado Democrático e Social de Direito, como é o caso do Brasil, além de regular normas democráticas comuns a toda uma sociedade, deve se preocupar, também, em agir no sentido de proteger indivíduos marginalizados, concedendo-lhes direitos básicos, mas essenciais, para que possam viver com dignidade. O ato de conceder direitos pode ser entendido como a instituição de normas jurídicas na Constituição Federal, que representa nossa Lei Maior, a qual deve ser devidamente respeitada.

Todavia, não basta que haja normas para proteger os indivíduos, é necessário que estas normas sejam postas em prática, mas, para isso, faz-se necessária a disponibilização de recursos que fomentem esta atuação.

É neste sentido que surge a problemática da eficácia e da aplicabilidade dos direitos fundamentais, mais especificamente, dos direitos fundamentais sociais no Brasil, já que sem direitos como educação, saúde, moradia, por exemplo, o indivíduo não é capaz de exercer os outros direitos de forma real, como o direito à vida, o direito à

[*] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP – Campus Franca.

liberdade. É por esta razão que a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou, simplesmente, dos direitos sociais torna-se tão indispensável à atualidade.

Desta forma, o presente trabalho inicia-se com a busca de um conceito e enquadramento dos direitos sociais, devido às inesgotáveis terminologias encontradas na doutrina, seguindo-se para um breve caminho histórico que demonstra a origem, bem como a evolução dos direitos humanos, especificamente os sociais, a partir de um plano internacional até chegar ao panorama brasileiro.

Em seguida, demonstra-se a posição que os direitos sociais ocupam no nosso ordenamento jurídico, e, por consequência, na nossa Constituição Federal, a fim de se compreender o real alcance do art. 5º, §1º, da Magna Carta de 1988, para a categoria dos direitos sociais.

Posteriormente, são trabalhadas as razões pelas quais os direitos sociais devem ser devidamente aplicados, analisando-se, cautelosamente, se tais direitos estão insculpidos em normas programáticas ou não, a fim de se evitar raciocínios excessivos e errôneos. Para isso, discute-se a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais sociais, bem como a tutela destes direitos.

Desse modo, é justamente pelo fato de os direitos fundamentais sociais terem o caráter prestacional, que encontramos na doutrina e na jurisprudência as maiores discussões e controvérsias envolvendo o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constituidoras desses direitos**.**

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1 Enquadramento e conceito

Antes mesmo de tratar sobre qualquer aspecto dos *direitos econômicos, sociais e culturais*, ou, de forma mais simples, dos *direitos sociais*, faz-se necessária, primeiramente, uma abordagem a respeito de seu enquadramento, ou seja, a qual categoria os direitos sociais pertencem, a fim de que sua conceituação fique, posteriormente, melhor compreendida.

Dessa maneira, a respeito do seu enquadramento, há que se dizer, *a priori*, que os direitos sociais estão inseridos no rol dos *direitos humanos* e, consequentemente, no dos *direitos fundamentais*. Como estas duas terminologias encerram diversas discussões doutrinárias, requer-se, também, a conceituação e a distinção entre ambos os termos,

baseando-se nas posições de autores consagrados e, por consequência, majoritariamente aceitas.

Todavia, não há intenção de adentrar às discussões doutrinárias, mas, simplesmente, de aclarar as definições dos respectivos termos, em busca de um enquadramento dos direitos sociais, para obtenção de um melhor entendimento deste estudo.

Posto isso, a respeito da conceituação dos direitos humanos, há que se dizer que não é uma tarefa branda, tendo em vista que para eles podem existir diversas definições e terminologias adotadas.

Segundo Dalmo Dallari, os direitos humanos são "uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver plenamente da vida".[1]

Ainda a esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet anuncia que a expressão direitos humanos guarda

> relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).[2]

Dessa forma, a expressão direitos humanos não mais se confunde com a expressão direitos naturais, já que aqueles, de acordo com os esclarecimentos de Norberto Bobbio, têm se revelado como "direitos históricos, nascidos de certas circunstâncias"[3].

Assim, em uma das definições mais completas, os direitos humanos, para o jurista hispânico Pérez Luño, representam o "conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e

---

[1] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 7.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

[3] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'etàt dei diritti., p. 5. Sem dúvida, para um melhor entendimento desta tratativa, recomenda-se a leitura aprofundada da respectiva obra.

igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional".[4]

Desta forma, a respeito dos direitos fundamentais, por sua vez, diz-se que são aqueles "direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado".[5] Sendo assim, diferentemente dos direitos humanos, os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista, ao passo que aqueles, de uma certa maneira, estão ligados à ideia jusnaturalista dos direitos.[6] Desta forma,

> os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de "fundamentalização" (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.[7]

Verifica-se, assim, que as modificações da humanidade, em muitos aspectos, abragem, segundo Maria Goretti Dal Bosco, também os direitos fundamentais, os quais se modificam e ampliam-se ao longo do tempo, o que faz surgir uma pluralidade de expressões para denominá-los, tornando difícil a construção de um conceito definitivo[8].

De acordo com José Afonso da Silva,

> a ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.[9]

---

[4] PÉREZ LUÑO apud RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica**: análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: renovar, 2008. p. 20.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

[6] Cf. Ibid., p. 32.

[7] SARLET, op. cit., p. 32.

[8] DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66.

[9] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ªed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.

Dessa forma, tendo em vista as inúmeras terminologias utilizadas na doutrina, a expressão *direitos fundamentais* (reafirmando que são direitos humanos transformados pelo modelo positivista) foi escolhida para caracterizar os direitos sociais, por se levar em conta, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a sintonia desta opção com aquela feita pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos "Direitos e Garantias Fundamentais", revelando um caráter genérico e abrangendo diversas categorias de direitos[10], como direitos sociais, objeto deste estudo.

Ademais, nas palavras de José Afonso da Silva, direitos fundamentais constitui-se como a expressão mais adequada, pois se referem a princípios que resumem a concepção do mundo, informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico e reserva-se para designar aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza por garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.[11]

Para este autor, são características dos direitos fundamentais, ainda, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade, conforme se depreende do exposto:

> (1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;
> (2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos,
> deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;
> (3) *Imprescritibilidade.* O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois a prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição;
> (4) *Irrenunciabilidade.* Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.[12]

---

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 28.
[11] Cf. SILVA, op. cit., p. 177, em concordância com o estudo de Pérez Luño.
[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.179-180.

Destarte, conclui-se, após realizada a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, que os direitos sociais, indubitavelmente, pertencem a essas duas categorias de direitos, tendo em vista, respectivamente, a sua imprescindibilidade para a sobrevivência digna de qualquer indivíduo, bem como por terem sido recepcionados pelo nosso ordenamento jurídico, através da nossa Magna Carta.

No entanto, em que pese abordar sobre a conceituação dos direitos sociais, constata-se que é extremamente complexo definir e conceituar os direitos do homem, no âmbito de encontrar um fundamento absoluto a eles. O que sabe, como mostra a própria história, é "que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas".[13]

Assim, levando-se em conta o entendimento atual a respeito da conceituação do direitos sociais, José Afonso da Silva afirma que estes,

> como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.[14]

De outra maneira, os direitos sociais, segundo Robert Alexy, são direitos a prestações, que significam o direito de um particular obter algo através do Estado[15] ou "são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante na implementação da igualdade dos hipossuficientes".[16] Podem ser considerados, ainda, como direitos que possibilitam o acesso e a utilização de prestações estatais para a garantia de sua materialização, de modo que o Estado deve atuar no sentido de oferecer aos indivíduos determinados bens jurídicos que, por opção do poder constituinte, compõem a categoria de direito fundamental.[17]

---

[13]BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'etàt dei diritti., p. 19.

[14]SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.277.

[15]Cf. ALEXY apud CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408.

[16]TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 827.

[17]Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 140.

Portanto, os direitos sociais estão intimamente ligados ao princípio da igualdade. Nas palavras de Gomes Canotilho, o princípio da igualdade se revela como um "princípio de justiça social", assumindo destaque enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, conectando-se com uma política de "justiça social" e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efetivação dos direitos sociais.[18]

1.2 Origem e evolução histórica

A partir de um levantamento geral para enquadrar e, possivelmente, conceituar os direitos sociais, faz-se necessário, ainda, um breve levantamento histórico sobre o surgimento destes direitos. Todavia, sabe-se que tratar da evolução histórica dos direitos fundamentais e, neste caso, dos direitos fundamentais sociais requer, sem dúvida, um trabalho extenso e elaborado. No entanto, a ideia do estudo é muito mais modesta, já que se limita a levantar somente os aspectos mais relevantes sobre esta temática.

Desta maneira, de acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio, "os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".[19]

Sendo assim, foi a partir do período axial (período compreendido entre os séculos VII e II a.C.) que o ser humano passou a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante suas múltiplas diferenças. Assim, surgiam os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais inerentes a ela.[20]

Adentrando-se, especificamente, aos direitos sociais, sabe-se que estes foram surgindo em meio à deterioração do quadro social do período envolvendo os séculos

---

[18]Cf. CANOTILHO, op.cit., p. 430.

[19]BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'etàt dei diritti. p. 25.

[20]Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

XIX e XX, à medida que avançava, ao mesmo tempo, os poderes político e econômico dos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e dos Estados Unidos.[21]

Durante tal período, que corresponde à Revolução Industrial, em virtude do desenvolvimento do liberalismo econômico, verificou-se um acréscimo repentino de riqueza, que ficou concentrado nas mãos da classe burguesa. Desta forma, a classe trabalhadora deparou-se com uma situação de miséria, já que não havia mais proteção corporativa nem estatal, tendo em vista sua política abstencionista. Além de o trabalho manual poder ser substituído por máquinas, o que ocasionava altos índices de desemprego, suas condições eram extremamente precárias e subumanas.[22] Todas essas diferenças, existentes entre os trabalhadores e a classe burguesa, fizeram com que aqueles reagissem contra estes, de forma a conseguir direitos que protegessem sua classe.

Assim, verifica-se que as preocupações sociais estão presentes desde muito tempo. Até na Declaração Francesa de 1793, bem como na Constituição brasileira de 1824, podem ser encontradas menções a respeito de alguns direitos sociais. Importante documento para os direitos sociais foi a Constituição francesa de 1848, a qual foi empenhada pela atuação de trabalhadores e desempregados no movimento contra o governo da época. Além disso, evidenciam-se, também, as atuações da Constituição Mexicana de 1917, que apresentava como novidade o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em face do poder econômico, a Declaração Russa de 1918, que abordava questões referentes à propriedade da terra, por exemplo, e o Tratado de Versalhes de 1919, na qual se encontra a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), referente à consagração de direitos do trabalhador e direitos sociais vistos como fundamentais e obrigatórios aos signatários do Tratado em questão.[23]

Outro documento de extrema relevância, para a consagração dos direitos sociais, foi a Constituição de Weimar, de 1919, que surgiu em meio ao caos que se encontrava a Alemanha, após o término da primeira Guerra Mundial. Tal carta inspirou outras constituições, como a Constituição brasileira de 1934 (enunciando pela primeira vez, em seu Título IV, uma Ordem Econômica e Social) e estipulou, por exemplo, a

---

[21]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.
[22]Ibid., p.61.
[23]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12 ed.. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64-65.

repartição de terras e que o uso da propriedade deveria visar o interesse geral, além de garantir os direitos à sindicalização e à previdência social.

Em 1945, houve a efetiva criação da Organização das Nações Unidas (ONU), por intermédio da Carta de São Francisco. Como parte desse processo, deu-se a internacionalização dos direitos humanos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, diante da aprovação da Assembleia Geral da ONU. Este documento prevê a categoria dos direitos econômicos e sociais, além dos direitos civis e políticos, combinando, assim, o discurso social da cidadania e o discurso liberal, na conjugação dos valores de igualdade e liberdade.[24]

De acordo com Flávia Piovesan, a Declaração revela uma concepção contemporânea de direitos humanos, que passam a ser concebidos como uma unidade interdependente e indivisível.[25]

Todavia, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não assumiu um caráter de tratado ou convenção, sendo recebida por muitos Estados como uma mera resolução da ONU. Assim, rumo à superação das desigualdades sociais, em decorrência do Estado Liberal, surgiu um novo documento, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela mesma Assembleia Geral da ONU, em 1966. Este Pacto entrou em vigor em 1976, após alcançarem o número mínimo de trinta e cinco ratificações e adesões. No Brasil, foi ratificado e promulgado em 1992, através dos Decreto nº 592/02.[26]

É valido ressaltar, que no âmbito internacional, os direitos humanos foram divididos em gerações, que corresponde à Teoria das Gerações. Porém, uma parte da doutrina critica a nomenclatura *gerações*, preferindo, como Ingo Wolfgang Sarlet e Cançado Trindade, a utilização da nomenclatura *dimensões*, por acreditarem que aquela (gerações) passa a ideia de que os direitos humanos se sucederam ou foram se substituindo com o passar do tempo.[27]

Sendo assim, a primeira geração ou dimensão se revela como a dos direitos de cunho liberal, os direitos civis e políticos, a segunda constitui os direitos sociais, objeto deste estudo, e a terceira, os direitos de solidariedade, como os direitos de

---

[24]PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 2 ed. São Paulo: Mas Limonad, 1997. p. 29.
[25]Ibid., p. 156.
[26]Cf. CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Eficácia e aplicabilidade dos direitos econômicos e sociais.** Tese de Mestrado da UNESP. 2002. p. 20.
[27]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

autodeterminação dos povos, direito à paz e direito a um meio ambiente saudável. Fala-se, ainda, de direitos de quarta ou até quinta geração ou dimensão.

Concluindo-se a breve descrição da evolução histórica dos direitos sociais, chega-se, finalmente, ao âmbito nacional atual. No Brasil, os direitos sociais estão previstos como direitos humanos fundamentais na Constituição Federal de 1988, a qual encontra-se ainda em vigência, sob o Capítulo II, Titulo II. Vale a pena ressaltar que, nesta Constituição, houve a mudança de mentalidade no sentido de rechaçar a contraposição que havia, entre os direitos sociais (art. 6) e os direitos individuais (art. 5º), nas constituições anteriores.

Nossa atual Lei Maior entende que a categoria de direitos humanos fundamentais integra-se num todo harmônico, por meio de influências recíprocas, já que os direitos individuais estão, de alguma forma, impregnados de dimensão social, de modo que a própria previsão dos direitos sociais, entre eles, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Assim,

> transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante. Quanto mais precisos e eficazes se tornem os direitos econômicos, sociais e culturais, mais se inclina do liberalismo para o socialismo. Transforma-se a pauta de valores: o liberalismo exalta a *liberdade individual*, formalmente reconhecida, mas, em verdade, auferida por pequeno grupo dominante; o socialismo realça a *igualdade material* de todos como a única base sólida em que o efetivo e geral gozo dos direitos individuais de liberdade encontra respaldo seguro. A antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.[28]

Todavia, ainda de acordo com José Afonso da Silva, a nossa Constituição, mesmo assim, quis proteger os postulados do liberalismo econômico, com intervenção estatal, de forma a dar-lhes mais garantia do que caminho para superá-los. Ainda assim, entende-se que existe, nesta Constituição, uma integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem, sob a inspiração dos direitos sociais, os quais já não mais podiam pertencer a uma categoria contingente, já que passaram a representar, como se mostrou na história internacional exposta, como os novos direitos fundamentais do homem. E, por se constituírem como um meio positivo para dar um

---

[28]SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.182.

sentido real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades, também supõem-se promover uma garantia à democracia, isto é, uma garantia ao efetivo gozo das liberdades civis e políticas.[29]

2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 O contexto dos direitos fundamentais

Ao se comparar a Constituição Federal brasileira de 1988 com as constituições anteriores, verifica-se a existência de inovações de extrema importância no âmbito dos direitos fundamentais. De certa maneira, pode-se afirmar que pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio a matéria foi tratada com a merecida relevância. Ademais, foi inédita também a outorga aos direitos fundamentais, pelo constitucionalismo positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o tratamento merecido durante sua evolução constitucional.[30]

Assim, ainda de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet,

> três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. Com efeito, é preciso reconhecer que, em face do seu grande número de dispositivos legais (246 artigos e 74 disposições transitórias), a Constituição de 1988 se enquadra no rol das assim denominadas Constituições analíticas, ao lado - apenas para citar as mais conhecidas – das Constituições de Portugal (298 artigos) e da Índia (395 artigos). Este cunho analítico e regulamentista reflete-se também no Título II (dos Direitos e das Garantias Fundamentais), que contém ao todo sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, sem se fazer menção aqui aos diversos direitos fundamentais dispersos pelo restante do texto constitucional. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos.[31]

---

[29]Cf. Ibid., p. 183.
[30]Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63.
[31]SARLET, op. cit. p. 63.

Outra inovação da Constituição de 1988 diz respeito à posição dos direitos fundamentais, bem como aos direitos fundamentais sociais, que aparecem logo no início do texto constitucional, inseridos desde o preâmbulo, nos seguintes dizeres:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

Ademais, topograficamente falando, os direitos fundamentais aparecem logo depois dos princípios fundamentais, no Título II, dando especial destaque aos direitos fundamentais sociais, presentes no Capítulo II do referido título, elencados no art. 6º, que informa: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".[32] Vale ressaltar que o direito à "alimentação" foi incluído recentemente neste artigo através da Emenda Constitucional nº 64, de 2010.[33] Embora tal direito tenha sido somente agora inserido no rol dos direitos sociais, não se ousa dizer que aquele não pertencia ao ramo dos direitos fundamentais desde sempre.

Dessa forma, "a simples constatação dos direitos sociais como direitos fundamentais, por si só, provoca, em alguns poucos, perplexidade que deve ser afastada, já que decorre da própria evolução dos direitos sociais".[34]

Portanto, quando a Constituição elencou os direitos sociais em capítulo próprio, dentro do rol dos direitos fundamentais, percebeu-se "de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos

---

[32] Vale ressaltar que no dia 10 de novembro de 2010, foi aprovada a PEC nº 19/10 com intuito de alterar o art. 6º da Constituição Federal para considerar os direitos ali previstos como direitos sociais essenciais à busca da felicidade. Assim, a nova redação do art. 6º ficaria dessa forma: "são direitos sociais, essenciais **à busca da felicidade**, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados"(grifo nosso). Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622. Acesso em: 11 nov. 2010.

[33] **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 07 set. 2010.

[34] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os Direitos Sociais enquanto Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.99, p. 305-325, 2004. p. 305.

sociais se encontravam positivados no capítulo da Ordem Econômica e Social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido o caráter meramente programático".[35]

Assim, segundo Cristina Queiróz,

> os direitos fundamentais gozam de uma garantia constitucional. São, numa palavra, "direitos constitucionamente garantidos" (*verfassungsgesetzliche gewähleistete Rechte*), que não devem em primeira linha ser intepretados numa dimensão "técnica" de limitação do poder do Estado. Pelo contrário, devem ser compreendidos e intelegidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma "cultura jurídica" e "política" determinada, numa palavra, um concreto e objectivo "sistema de valores".[36]

Vale ressaltar, deste modo, que enquanto os direitos fundamentais de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos fundamentais sociais prestacionais têm por objeto precípuo conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Assim, enquanto a principal função dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos prestacionais sociais reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social.[37]

Portanto, os direitos considerados fundamentais em um determinado ordenamento jurídico expressam os valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada.

2.1.1 Os direitos fundamentais dispersos na Constituição e nos Tratados Internacionais

Em relação aos diversos direitos fundamentais dispersos, ou seja, aqueles que não se encontram topograficamente inseridos no Título II da Constituição, o constituinte se preocupou em preservá-los e garanti-los como fundamentais através do art. 5°, § 2°, da Constituição Federal, o qual informa que os direitos e garantias expressos na nossa Magna Carta não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil fizer parte.

---

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66.

[36] QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 16.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 282.

Tal dispositivo pode ser chamado, dentre outras nomenclaturas, de *cláusula aberta*, já que recepciona e amplia o rol de direitos fundamentais materiais, os quais não se encontram inseridos formalmente na Constituição, mas que possuem a mesma importância institucional dos direitos ali consagrados.

No que tange aos tratados internacionais, a nossa Lei Maior, por meio da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 instituiu a possibilidade de os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serem equivalentes à uma emenda constitucional. Assim, para que isso ocorra, os tratados deverão passar pelo mesmo rito das emendas constitucionais, isto é, serem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, como descrito no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Todavia, sabe-se que este último dispositivo revelou imensas discussões na doutrina e dentro do Supremo Tribunal Federal (STF), já que, durante muito tempo, o respeitável órgão equiparou os tratados internacionais às leis ordinárias, sofrendo aqueles as mesmas interpretações destas, no que diz respeito à cronologia (*lex posterior derogat priori)* e especialidade (*lex specialis derogat generalis).*

Ou seja, para que o art 5°, § 2°, da Constituição Federal seja efetivamente aplicado, faz-se mister que a questão da hierarquia dos tratados intenacionais que versam sobre direitos humanos seja resolvida de maneira que não contrarie este dispositivo, bem como o disposto no art. 5º, § 3º, da Magna Carta, já que o intuito dos dispositivos é proteger os direitos humanos, além de fornecer eficácia máxima a esses direitos, inseridos na Constituição Federal brasileira e nos tratados internacionais dos quais a República do Brasil seja parte.

De qualquer maneira, não se quer aqui adentrar profundamente nas discussões a respeito desta temática, tendo em vista o foco do presente estudo. Todavia, tornou-se obrigatória esta breve passagem ao menos para atentar para um ponto de extrema importância dentro do contexto dos direitos humanos que, indubitavelmente, recai sobre os direitos fundamentais positivados pela nossa Lei Maior.

2.2 O alcance do art. 5º, § 1º, quanto à eficácia e à aplicabilidade dos direitos fundamentais

A discussão a respeito da eficácia das normas constitucionais tem revelado que, de certa forma, todos os preceitos contidos na Constituição possuem certo grau de

eficácia jurídica e aplicabilidade, mesmo sendo de conteúdo programático, de acordo com a normatividade que o constituinte lhe concedeu.[38]

O art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, inaugurou um dispositivo, já que não havia nada similar nas constituições anteriores, no qual informa que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Todavia, mesmo com o surgimento deste dispositivo, não são muitos os autores que dispensam preocupação com a temática tratada, embora tenha grande importância teórica e prática na atualidade[39].

Dessa maneira, quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva revela que a aplicabilidade,

> no sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica e diz respeito à eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia.[40]

Assim, quanto à eficácia, diz-se que "é a qualidade de a norma vigente produzir efeitos jurídicos, em relação à sua aplicação e observância pelas pessoas a quem se dirige".[41]

Portanto, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, podendo uma norma ser jurídica e social ou apenas jurídica. As normas de eficácia social são normas vigentes, capazes de regular determinadas relações, que podem ser efetivamente aplicadas a casos concretos. As de eficácia jurídica estão aptas a produzir seus efeitos no casos concretos, mas já são capazes de produzir efeitos jurídicos a partir de sua edição, revogando normas conflitantes anteriores.

Conforme Regina Maria Ferrari, fazendo menção a José Afonso da Silva, a eficácia jurídica refere-se à capacidade de produção de efeitos, à possibilidade de aplicação da norma, ou seja, diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou

---

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 64-65.

[39] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.257.

[40] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 66.

[41] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 90.

executoriedade, mas somente quanto à possibilidade de produção de efeitos e não quanto à sua efetividade.[42]

Aliás, efetividade é o termo utilizado por Luís Roberto Barroso para indicar a eficácia social, dizendo que esta é a concretização do comando normativo, ou seja, é sua força operativa no mundo dos fatos.[43] Refere-se, então, à qualidade de a norma vigente poder produzir efeitos concretos não só em relação à realidade social, mas também em suas relações internormativas, o que fica na dependência de sua aptidão, para incidir e para reger, e da capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação.[44]

Assim, a eficácia social

> designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao 'fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos'. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas.[45]

Assim, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada.[46] As de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da nossa Lei Maior que, assim que entram no ordenamento jurídico, já são capazes de produzir todos os seus efeitos. As de eficácia contida têm aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, por sofrerem certa limitação ou restrição, por meio de lei infraconstitucional, à sua eficácia e aplicabilidade. Por fim, as de eficácia limitada foram assim chamadas por serem normas que, ao serem promulgadas pela Constituição, não estão aptas a produzir todos os seus efeitos, já que dependem de lei infraconstitucional, tendo, portanto, aplicação mediata e reduzida.

Todavia, mesmo que essas normas sejam de eficácia limitada, elas produzem um mínimo efeito, que é, pelo menos, a capacidade de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores. Assim, elas possuem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, já que estabelecem um dever ao legislador ordinário,

---

[42]Ibid., p. 91.
[43]Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 82.
[44]Cf. FERRARI, op.cit., p. 96.
[45]SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 65.
[46]Ibid., p. 64.

condicionando-o a não editar leis inconstitucionais, informam a concepção do Estado e da sociedade, inspirando sua ordenação jurídica através de sua atribuição a fins sociais, proteção dos valores de justiça social e do bem comum, além de condicionarem a atividade discricionária dos Poderes Executivo e Judiciário.[47]

2.2.1 Significado para as normas programáticas e aos direitos fundamentais sociais

Após a devida apresentação das normas constitucionais de direitos fundamentais, pôde-se identificar que os direitos fundamentais sociais são regidos por normas de eficácia social limitada, porque uma vez promulgados na Lei Maior, dependem de programas a serem implementados pelo Estado, por meio de lei infraconstitucional, mas com eficácia jurídica imediata, já que, dentre outras possibilidades citadas alhures, tem a capacidade de vincular todo o Estado, bem como a sociedade, para a devida efetivação dos direitos sociais em forma de políticas públicas.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem declarar princípios programáticos, que vinculam programas a serem implementados pelo Estado, visando a realização de fins sociais, sendo, por isso, chamadas de normas programáticas ou "normas de cunho programático".[48]

Tais normas, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

> são dotadas de eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico ou político, pois, se assim fosse, efetivamente haveríamos de compartilhar o ponto de vista dos que sustentam a inexistência de normas programáticas. Com efeito, [...] todas as normas constitucionais, mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico.[49]

Destarte, "ao falar em normas programáticas, não é possível questionar a sua imperatividade, mas apenas a sua efetividade".[50]

---

[47] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p.108.

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 292.

[49] Ibid., p. 292.

[50] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172.

O estudo da norma constitucional programática demanda, ainda, considerar a ordenação constitucional de competências, além de exigir a captação normativa de todo o processo concretizador que vai desde a regulação legiferante até a regulação administrativa e judicial.[51] Assim, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, já que sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade, de modo que esta concretização esteja sempre numa relação de interdependência em face das condições históricas e de elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, o que lhe assegura a ideia de ordem adequada e justa e lhe proporciona o apoio e a defesa da consciência geral.[52]

Com relação aos direitos fundamentais de defesa, não existem maiores problemas quanto à eficácia plena e à aplicabilidade imediata de suas normas. Contudo, com relação aos direitos sociais, também pertencentes ao extenso rol dos direitos fundamentais, não se pode afirmar o mesmo, já que dependem de uma conduta positiva por parte do destinatário, qual seja uma prestação fática ou normativa, para sua real efetivação.

Desse modo, é justamente pelo fato de os direitos fundamentais sociais terem o caráter prestacional, que se encontram na doutrina e na jurisprudência as maiores discussões e controvérsias envolvendo o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constituidoras desses direitos. Todavia, "não significa que já esteja esgotado ou que tenha perdido sua importância e oportunidade; muito ao contrário, mesmo frente aos argumentos daqueles que negam a virtualidade de sua existência no atual momento do Estado, ainda assim, não se pode negar que cabe à entidade estatal fazer valer direitos de cunho social".[53]

Assim, no meio de tantos problemas e incertezas, algumas diretrizes, segundo Rogério Gesta Leal, são consideradas como indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, que correspondem, dentre outras coisas, à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução da desigualdades sociais e regionais.[54]

---

[51]CANOTILHO, JJ. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbr a; Coimbra Editora, 1994. p. 202.

[52]HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 55.

[53]FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172.

[54]LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005/Escola Superior de Magistratura do Rio**

Dessa maneira, as normas constitucionais que definem os direitos sociais não deixam de ser um dos indicadores para a redução dos problemas apontados alhures, seja para a concretude da igualdade material entre os cidadãos, seja para discriminar aqueles mais necessitados, mas com fins compensatórios.[55]

Assim, as normas desta natureza correspondem às exigências no moderno Estado Social de Direito, sendo, dessa forma, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente, de modo que elas (as normas) impõem aos órgãos estatais e ao legislador a tarefa de concretizar os programas, as ordens e as tarefas nelas inseridos.[56].

Desta forma, é exatamente por conta de os direitos sociais exigirem uma prestação e por serem positivados, normalmente, como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menos concretude, que se encontram as maiores discussões a respeito do problema de sua eficácia, aplicabilidade e efetividade.

Contudo, já foi explanado, de forma clara, que em virtude de os direitos sociais fazerem parte do rol dos direitos fundamentais, estes também sofrem a influência do dispositivo constitucional, qual seja o art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que afirma que todos as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais serão diretamente aplicáveis e gerarão sua plena eficácia jurídica.

Deste modo, por serem os direitos sociais autênticos direitos fundamentais, eles estarão sempre aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, independentemente de sua forma de positivação, na medida que serão, como já dito, por força do mencionado dispositivo, diretamente aplicáveis, tendo em vista que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.[57]

Assim, constata-se que a questão problemática sobre a eficácia dos direitos fundamentais gira mesmo em torno dos direitos fundamentais sociais, já que estes têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente numa prestação de natureza fática ou normativa, ao passo que os direitos de defesa são considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos.

Grande do Sul. AJURIS; coord. Ingo Wolfgang Sarlet. v. 1, t. 1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 157-177.

[55]SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 273-283.

[56]Cf. CANOTILHO, J.J Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra; Coimbra Editora, 1994. p. 165.

[57]SARLET, op. cit., p. 281.

Deste modo, fala-se sempre que os direitos sociais têm um caráter positivo, ao passo que os direitos de defesa possuem um caráter negativo, no que tange à atuação estatal. Todavia, na verdade, todos os direitos fundamentais são positivos, no sentido que todos exigem uma atuação efetiva do Estado, de modo que até os direitos de liberdade, tidos como estritamente negativos, necessitam de uma prestação positiva estatal e pressupõem uma cooperação social organizada pelo Estado.[58]

Assim, na tentativa, ainda, de diferenciar os direitos civis e políticos (direitos de defesa) dos direitos sociais, Virgílio Afonso da Silva aponta no sentido de que os direitos sociais "custam mais dinheiro", distinguindo entre "gastos institucionais", os quais seriam gastos comuns a todos os direitos (os gastos com a manutenção de todos os direitos) e os gastos diretamente referidos à realização dos direitos sociais, razão pela qual é entendido que tais gastos devem ser excluídos para efeito de comparação entre os direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais.[59]

Verifica-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais, por possuirem caráter prestacional, estão diretamente vinculados à problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, ou seja, estão vinculados à possibilidade de o destinatário da norma se encontrar em condições de dispor da prestação reclamada, já que há, verdadeiramente, uma dependência real da existência de meios para cumprir com sua obrigação. Por estas razões, fez-se necessária uma incursão no estudo da eficácia e aplicabilidade destas normas, a fim de se compreender a consolidação, a partir de uma interpretação constitucional, dos direitos sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que foi exposto, verificou-se que, embora tenha havido uma grande evolução na tratativa do tema dos direitos fundamentais sociais, ainda é imprescindível a discussão a respeito dos mesmos no intuito de reduzir as desigualdades sociais, bem como erradicar a pobreza presente neste país.

---

[58]HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999. p. 14-15.

[59]Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.593.

Destarte, buscou-se o estudo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais que regem os direitos sociais, a fim de identificar o respaldo legal contido na Constituição Federal para devida concretização destes direitos.

Assim, nota-se que nosso ordenamento não sofre da falta de positivação ou de normatização de direitos fundamentais e essenciais à vida. Em verdade, o problema gira em torno da efetivação destes direitos positivados, tendo em vista a necessária disponibilização de recursos que fomentem esta atuação.

Esta afirmação pode ser encontrada ao analisarmos a nossa atual Constituição Federal, de 1988, no que diz respeito ao rol de direitos fundamentais. Os direitos sociais foram inseridos nesta lista, por entender o Constituinte, através da própria evolução dos direitos humanos, que tais direitos são tão essenciais como os direitos de defesa, que já eram taxados, em outras constituições, como direitos fundamentais. Assim, os direitos sociais passaram a ser considerados, para o nosso ordenamento, como direitos verdadeiramente humanos e fundamentais à vida. Aliás, como foi devidamente demonstrado, não há a mínima possibilidade de um indivíduo exercer qualquer direito, se não for garantido a ele, também, os direitos econômicos, sociais e culturais.

É a partir deste ponto que surge a problemática da eficácia e da aplicabilidade das normas garantidoras dos direitos fundamentais, mais especificamente, dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que sua natureza prestacional exige que a eles sejam despendidos maiores recursos financeiros, não bastando, portanto, sua simples positivação: há aqui a necessidade de uma ação estatal para a sua concretização. Por isso, os direitos sociais são também chamados de direitos positivos.

Desta forma, entendeu-se que devido à nova posição que os direitos sociais passaram a ocupar no nosso ordenamento jurídico, ou seja, a de direitos fundamentais, o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, de 1988, revelou que à categoria dos direitos sociais também vale a máxima de que são plenamente eficazes e imediatamente aplicáveis assim como qualquer outro direito fundamental.

Por fim, conclui-se reforçando a ideia de que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, embora possuam eficácia social limitada, também possuem eficácia jurídica plena, por força do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. Ou seja, estas normas têm o poder de vincular os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a sociedade, para a real efetivação dos direitos fundamentais sociais, através de métodos legiferantes e de políticas públicas, baseando-se sempre nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do não retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Título original: L'etàt dei diritti.

BOSCO, Maria Goretti Dal. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2008.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. **Eficácia e aplicabilidade dos direitos econômicos e sociais.** Tese de Mestrado da UNESP. 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** Porto Alegre: SafE, 1997.

CANOTILHO. JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra; Coimbra Editora, 1994.

_____. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os Direitos Sociais enquanto Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v.99, p. 305-325, 2004.

_____. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: LTr, 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 7 set. 2010.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. Leituras complementares de direito constitucional**: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, p. 349-395, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. Globalização, Eficácia das Normas Constitucionais e a Realização dos Direitos Sociais. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. p. 409-416, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA Jr., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MALLET, Estevão. Aplicabilidade das Normas Constitucionais relativas a Direitos Sociais. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlandia**. v.23 n.1/2, p.313-24, dez. 1994.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORIDES, Mezzaroba e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAUTASSI, Laura C. El derecho a la seguridad social: uma aproximación desde América Latina. In. ABRAMOVICH, Victor; AÑON, Maria José; COURTIS, Christian (Coords.). **Derechos sociales: instrucciones de uso.** Ciudad del México: Fontamara, 2003 (Coleção Jurídica Contemporánea).

PEREIRA NETTO, Juliana Presotto (Org.) . Preparação para a aposentadoria: você já pensou sobre isso?. São Paulo: LTr, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional.** 2 ed. São Paulo: Mas Limonad, 1997.

PISARELLO, Geraldo. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In. ABRAMOVICH, Victor; AÑON, Maria José; COURTIS, Christian (Coords.). **Derechos sociales: instrucciones de uso.** Ciudad del México: Fontamara, 2003 (Coleção Jurídica Contemporánea), p. 23-53.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos na integração econômica:** análise comparativa da proteção de direitos humanos e conflitos jurisdicionais na União Européia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** São Paulo:Boitempo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista da AJURIS, ano XXI – nº 95**, p. 103-135, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", in: **Revista de Direito do Estado**, nº 4, out/dez. 2006, p. 23-51.

_____. "O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 67, ano 17, p. 32-51. São Paulo: Ed. RT, abril-junho 2009.