

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA ANÁLISE DO
PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

VITÓRIA ALVES DE OLIVEIRA SANTOS

RIO DE JANEIRO

2016

VITÓRIA ALVES DE OLIVEIRA SANTOS

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA ANÁLISE DO
PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Carolina Machado Cyrillo da Silva.**

RIO DE JANEIRO

2016

CIP - Catalogação na Publicação

S194e Santos, Vitória Alves de Oliveira
A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR
DA ANÁLISE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 5º DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988 / Vitória Alves de Oliveira
Santos. -- Rio de Janeiro, 2016.
66 f.

Orientador: Carolina Machado Cyrillo da Silva.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Considerações sobre as normas
constitucionais. 2. Considerações sobre os
direitos fundamentais propriamente ditos. 3.
Alcance e abrangência do artigo 5º, parágrafo 1º da
Constituição da República. 4. Vinculação do Poder
Público e a eficácia horizontal dos direitos
fundamentais. I. Silva, Carolina Machado Cyrillo
da, orient. II. Título.

CDD: 341.27

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

VITÓRIA ALVES DE OLIVEIRA SANTOS

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA ANÁLISE DO
PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Ms. Carolina Machado Cyrillo da Silva.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Professora Ms. Carolina Machado Cyrillo da Silva - Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2016

À minha mãe, cujo amor incondicional me trouxe até aqui e cujos ensinamentos me guiam diariamente. Sem seu apoio, preocupação e carinho, nada disso seria possível.

Amo você.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe que sempre me apoiou incondicionalmente, me impulsionando a buscar o melhor de mim. Nada disso seria possível sem você e espero um dia ser metade de quem você é.

Em segundo lugar, agradeço à minha família de sangue e de coração, cujo carinho e admiração me faz querer ir cada vez mais longe.

Em terceiro lugar, agradeço à minha madrinha, que com seu saber jurídico incomparável me fez admirar cada vez mais a profissão na qual me formo.

Por fim, agradeço aos amigos que fiz ao longo destes cinco anos na Faculdade Nacional de Direito. Graças a vocês essa caminhada foi mais alegre e divertida.

Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

(Norberto Bobbio)

RESUMO

SANTOS. V. A. de O. *A eficácia dos direitos fundamentais a partir da análise do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988*. 2016. 65 fls. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho tem por objeto o estudo das normas constitucionais de direitos fundamentais e a sua eficácia jurídica à luz do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A importância da efetiva fruição dos direitos fundamentais e o contexto atual de desigualdade social são os elementos que impulsionaram o estudo. Busca-se, então, abordar os temas da eficácia e aplicabilidade, bem como o alcance da norma do artigo 5º, § 1º, além da vinculação do Poder Público e dos particulares aos direitos fundamentais. Para isso serão apresentadas posições doutrinárias.

Palavras-chave: Normas constitucionais. Direitos fundamentais. Eficácia jurídica.

ABSTRACT

SANTOS, V. A. de O. *The effectiveness os fundamental rights by the analysis of the 1° paragraph of the 5° article from the 1988 Constitution*. 2016. 65 p. Monograph (Law Degree) – Federal University of Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

The following work has for its object the study of the constitutional rules of fundamental rights and their legal effectiveness in light of the article 5, paragraph 1, of the Brazilian Constitution. The importance of the effective enjoyment of fundamental rights and the current context of social inequality are the elements that drove the study. It seeks, therefore, to analyze the issues of effectiveness and applicability, as well as the scope of the rule of article 5, paragaph 1, in addition to the linking of the Public Power and individuals to fundamental rights. For this, doctrinal positions will be presented.

Keywords: Constitutional rules. Fundamental rights. Legal effectiveness.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS	3
2.1. Classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia	3
2.2. Considerações sobre eficácia e aplicabilidade	12
3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIAMENTE DITOS	16
3.1. Histórico das declarações de direitos e dos direitos fundamentais	16
3.2. Conceito, natureza e características dos direitos fundamentais	18
3.2.1. Delimitação conceitual dos direitos fundamentais	18
3.2.2. Teorias sobre a natureza dos direitos fundamentais	20
3.2.3. Características dos direitos fundamentais	21
3.3. Classificação dos direitos fundamentais	22
3.4. Garantias dos direitos fundamentais	28
4. ALCANCE E ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	29
5. VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
5.1. Vinculação do Poder Público às normas de direitos fundamentais	40
5.1.1 Poder Legislativo	40
5.1.2 Poder Executivo	41
5.1.3 Poder Judiciário	42
5.2. A eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais	43
6. CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.¹

A partir do trecho acima transcrito, retirado do livro “A Era dos Direitos”, de Norberto Bobbio, é possível entender que os direitos fundamentais do homem são graduais e históricos, nascendo aos poucos e se modificando conforme a necessidade e as lutas de cada povo ao longo do tempo, bem como pelos interesses, classes de poder e transformações técnicas.² É inegável, portanto, a sua importância no âmbito social e jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Nesse mesmo sentido encontra-se Ingo Sarlet, conforme pode ser visto pela seguinte passagem:

As idéias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa (das *normative Selbstverständnis*) do Estado democrático de Direito. É justamente nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.³

A Constituição da República de 1988 traz em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, elencando um rol extensivo, mas não taxativo, desses direitos no artigo 5º. No § 1º do referido dispositivo há uma disposição sobre a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, determinando que sua aplicação é imediata.

No entanto, tal dispositivo causa certa controvérsia na doutrina e na jurisprudência, não havendo consenso quanto ao seu real significado, já que há quem entenda que ele é

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 01.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 61.

suficiente para conceder aplicabilidade imediata e eficácia plena a todos os direitos fundamentais, e há quem defenda que ele não basta, uma vez que a efetiva fruição dos direitos dependeria, sobretudo, do seu grau de normatividade, que afetaria diretamente a sua possibilidade de concretização.

Nesse contexto, tendo em vista a importância dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o estudo sobre as teorias da eficácia e da aplicabilidade é imprescindível.

No entanto, preliminarmente ao estudo dos direitos fundamentais propriamente ditos, será analisada a classificação das normas constitucionais, bem como serão feitas considerações sobre os conceitos de eficácia e aplicabilidade, já que não há consenso na doutrina, e para o tema ora estudado o entendimento desses institutos se faz indispensável.

Além disso, será estudado o histórico dos direitos fundamentais e a evolução do pensamento que culminou na sua positivação e na necessidade de tutelá-los para depois tentar-se conceituar os mesmos, o que também não é de fácil realização, tendo em vista a sua transformação e evolução ao longo do tempo.

Ponto central desse estudo, o artigo 5º, § 1º também será devidamente analisado e serão abordadas as diferentes noções sobre tal dispositivo, sobre o seu alcance e o sentido da norma nele contida.

Ao final, considerando que não basta discorrer sobre a eficácia dos direitos fundamentais, serão, então, feitas considerações sobre a vinculação do Poder Público e dos particulares a tais normas.

Observa-se, assim, que esse é um tema extremamente relevante para o estudo do direito constitucional brasileiro. Apesar de este trabalho não ter o propósito de esgotar o assunto, espera constituir-se como um instrumento de contribuição para os debates em torno desse tema de grande relevância para o direito.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.1. Classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia

Preliminarmente ao estudo das normas de direitos fundamentais propriamente ditas, importante é a análise da classificação das normas constitucionais, até mesmo para que o estudo da eficácia de tais normas seja melhor embasado e, conseqüentemente, entendido.

Neste ponto serão apresentadas algumas concepções diferentes defendidas pela doutrina, mas não há pretensão de esgotamento do tema, tendo em vista que, pela pluralidade de vertentes e entendimentos doutrinários, tal controvérsia poderia ser tema de novo trabalho de monografia.

A primeira classificação que merece destaque é a classificação clássica que, resumindo as demais, separa as normas constitucionais em coercitivas e dispositivas. São coercitivas aquelas que impõem uma ação – preceptivas – ou uma abstenção – proibitivas – aos indivíduos. As dispositivas, por sua vez, são as aplicáveis quando não houver consenso entre os envolvidos.⁴

A segunda corrente é a de Ruy Barbosa que, com base na doutrina e na jurisprudência norte americana, divide as normas entre auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. As primeiras não dependeriam de atuação do legislador ordinário para produzirem seus efeitos⁵, por serem revestidas de plena eficácia jurídica. As não auto-aplicáveis, por sua vez, dependeriam de legislação posterior para que haja fruição de seus efeitos.⁶

O renomado doutrinador Pontes de Miranda também defendia uma corrente semelhante à de Ruy Barbosa, mas além de admitir a existência de normas bastantes em si mesmas – não dependem de atuação do legislador – e não bastantes em si mesmas –

⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 70.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 250.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 73 e 74.

dependem de lei ordinária posterior –, argumentava pela existência de normas constitucionais programáticas.⁷

É de se verificar, entretanto, que tais classificações não são suficientes para dividir as normas constitucionais de maneira satisfatória, ao passo que não é possível, conforme defendem essas correntes mais clássicas, a existência de normas ineficazes e sem imperatividade.⁸

As concepções clássicas receberam críticas pela terminologia usada, já que não só as normas não auto-aplicáveis podem ser alvo de regulamentação por legislação posterior, o mesmo pode ocorrer com as auto-aplicáveis, para que tenham maior executoriedade ou para que melhor se adequem à realidade sócio-econômica, mutável ao longo do tempo.⁹

Além disso, critica-se o entendimento até então defendido de que as normas não auto-aplicáveis não teriam nenhuma aplicabilidade¹⁰, sob o argumento de que todas as normas constitucionais possuem eficácia.¹¹

Nesse contexto, tendo em vista as críticas que surgiram às doutrinas clássicas, bem como a evolução do pensamento jurídico, passou-se a admitir que grande parte das normas constitucionais traz direitos plenamente aplicáveis. A partir daí, duas correntes de classificação quanto à eficácia surgiram e ficaram em evidência.

A primeira corrente aqui apresentada será a de José Horácio Meirelles Teixeira, segundo a qual as normas constitucionais podem ser de eficácia plena ou reduzida/ limitada, sendo que essa última se subdivide em normas programáticas e de legislação.

De acordo com Meirelles Teixeira, as normas de eficácia plena possuem normatividade suficiente para produzir, desde a promulgação, seus efeitos essenciais,

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 252.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 75.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 253.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 253.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 81.

enquanto as de eficácia reduzida não são assim caracterizadas, dependendo do legislador ordinário para que possam produzir os efeitos pretendidos.¹²

Para melhor explicar a distinção feita pelo autor supracitado entre as normas programáticas e de legislação, faz-se a seguinte transcrição:

(...) O citado autor divide as normas de eficácia limitada em dois grupos, que, respectivamente, denomina de normas programáticas e de legislação, as primeiras versando sobre matéria de natureza eminentemente ética e social, constituindo verdadeiros programas de ação destinados ao legislador ordinário, enquanto as normas de legislação (como, por exemplo, as normas organizacionais e de competência), destituídas do caráter ético-social das normas programáticas, dependem – para alcançar sua eficácia plena – de legislação concretizadora, em virtude de uma necessidade de natureza técnica (instrumental), já que, em princípio, regulam de forma direta a matéria que constitui seu objeto, sendo, contudo, insuscetíveis de aplicação imediata, por reclamarem normas legislativas instrumentais às quais se acham condicionadas.¹³

A segunda corrente é a de José Afonso da Silva, que formulou a teoria tricotômica da eficácia. De acordo com essa teoria, as normas constitucionais se dividem em: normas de eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e, por fim, normas de eficácia limitada, que se subdividem em declaratórias de princípios institutivos ou organizativos ou declaratórias de princípios programáticos.¹⁴

O autor diz que utilizar um único critério para separar as normas de eficácia plena das demais não seria seguro.¹⁵ No entanto, ele faz uso das conclusões norte americanas sobre o assunto para determinar que as normas de eficácia plena não dependem de auxílio de lei posterior, elas são completas, trazendo regulamentação normativa suficiente, dispendo peremptoriamente sobre os interesses regulados.¹⁶ Nesse sentido, a única condição de para sua

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 255.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 255.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 85.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 97.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 98.

aplicabilidade seria a existência do Estado e seus órgãos, já que são de aplicabilidade imediata.¹⁷

A segunda categoria é a das normas constitucionais de eficácia contida. Apesar de possuírem características que se assemelham às duas outras classes, delas se distanciam porque há a possibilidade de contenção da sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios.¹⁸ Além disso, essa atuação do legislador ordinário visa justamente a limitação da eficácia e da aplicabilidade, diferente do que ocorre com as normas de eficácia limitada.

Em relação às características das normas de eficácia contida, vale o destaque para o seguinte trecho do livro de José Afonso sobre a aplicabilidade das normas constitucionais:

A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

I – São normas que, em regra, solicitam intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II – Enquanto o legislador ordinário não expedir norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.

V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).¹⁹

Essa possibilidade de limitação das normas constitucionais ocorre pelo fato de o Estado priorizar cada vez mais os direitos coletivos em detrimento dos individuais, de maneira que todos possam exercer seus direitos sem adentrar ou ferir os direitos dos outros.²⁰

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 100.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 102.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 102 e 103.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 112 e 113.

Por fim, diz-se que a natureza jurídica das normas de eficácia contida é a de normas imperativas, positivas ou negativas. Não há, portanto, dependência da sua eficácia à atuação posterior do legislador, o que ocorre é uma necessidade de definição de limites ou da ocorrência de circunstâncias restritivas.²¹

A última categoria da teoria tricotômica é a das normas constitucionais de eficácia limitada, que se subdividem em declaratórias de princípios institutivos e declaratórias de princípios programáticos, conforme visto anteriormente.

De acordo com o autor, a primeira subdivisão – normas de princípio institutivo – trata das normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem de leis complementares ou ordinárias integrativas para terem plena executoriedade, o que não significa dizer, contudo, que enquanto não houver a edição de tais leis as normas são destituídas de aplicabilidade.²²

Sobre a função e a natureza das normas ora estudadas, diz-se:

As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de se esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos.

(...)

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.²³

Além disso, as normas de princípio institutivo podem ser impositivas ou facultativas. As impositivas trazem obrigação de edição de lei por parte do legislador ordinário. Nas facultativas, por sua vez, é possível apenas regular a matéria, caso o legislador ache necessário.²⁴

Cumprе assinalar que nos casos das normas de princípio institutivo facultativas não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade por omissão. Afinal, o legislador não tem

²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 113 e 114.

²² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 120.

²³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 123.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 124 e 125.

obrigação de editar lei que regule ou organize as referidas normas; sua atuação é facultativa, sendo, portanto, ato discricionário.²⁵

Sobre as condições de aplicabilidade, José Afonso entende que tais normas são imediatamente aplicáveis, valendo a lei reguladora ou organizadora como instrumento de executoriedade.²⁶

As normas programáticas são, conforme o conceito do autor, aquelas que traçam princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, visando à realização dos fins sociais do Estado, revelando um compromisso entre as forças políticas e as reivindicações populares.²⁷ Algumas características básicas das normas de princípio programático são elencadas pelo autor, quais sejam:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna, valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos oportunidade de mostrar.²⁸

Ressalta-se que parte da doutrina considerava as normas programáticas como destituídas de conteúdo imperativo. No entanto, essa noção tem sido combatida por aqueles que entendem que tais normas possuem caráter vinculativo, o que significaria, até mesmo, uma necessidade de troca de nomenclatura, já que elas perderiam a característica de serem apenas normas programáticas, passando a configurar vínculo ao Legislativo tanto por

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 131.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 132.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 135 e 142.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 147 e 148.

determinarem objetivos a serem alcançados quanto por estabelecerem limites que auxiliariam no alcance do escopo proposto.²⁹

No que diz respeito à importância das normas de princípio programático, principalmente após o entendimento explicitado acima, registra-se que:

As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam, ao menos, uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.³⁰

Por fim, sobre as condições de aplicabilidade das normas programáticas, tem-se que sua aplicação plena depende de edição de norma posterior, na qual o legislador ordinário possibilitaria sua execução. Vale lembrar, no entanto, que enquanto não houver a lei, as normas programáticas são eficazes até onde podem, até mesmo condicionando a atuação do Poder Público. Nesse sentido, diz o autor:

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...).³¹

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 151 e 155.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 153.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 160.

Ainda que a tese de José Afonso da Silva seja de suma importância e até hoje defendida por parte da doutrina, deve-se atentar para a concepção de Virgílio Afonso da Silva. Em seu livro sobre o conteúdo essencial, as restrições e a eficácia dos direitos fundamentais, Virgílio faz o seguinte apontamento:

A base da classificação de José Afonso da Silva reside, segundo me parece, em duas distinções essenciais: (1) entre as normas que podem e as que não podem ser restringidas; e (2) entre as normas que necessitam e as que não necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional. A partir dessa constatação e daquilo que já foi analisado até aqui, fica clara a razão da incompatibilidade, já que, em primeiro lugar, foi rejeitada, a partir de um modelo de suporte fático amplo, a distinção entre restrição e regulação: toda regulação é, ao mesmo tempo, uma restrição, já que regular o exercício de um direito implica excluir desse exercício aquilo que a regulação deixar de fora; e, além disso, toda restrição é, ao mesmo tempo, regulação, já que não se restringe direito fundamental sem fundamentação, mas sempre com o objetivo de harmonizar o exercício de todos eles.³²

No livro supracitado, o autor identifica diversas falhas na classificação de José Afonso, as quais serão agora analisadas.

É de se verificar que sobre as normas de eficácia contida, Virgílio Afonso da Silva aponta três problemáticas. A primeira delas é terminológica. O autor defende que o termo “contida” não é o mais apropriado para caracterizá-las, ao passo que sua restrição é apenas uma possibilidade e não algo concreto ou já realizado como o termo dá a entender.³³

Ademais, argumenta que as normas de eficácia contida que não sofrerem restrição por parte do legislador permanecem como normas de eficácia plena, logo, essa distinção só poderia ser mantida caso a norma virasse de eficácia contida somente após a ação do legislador. No entanto, se a diferença entre as normas de eficácia contida e as de eficácia plena é deduzível da Constituição, não é possível que a inserção das mesmas em determinada categoria dependa de posterior restrição infraconstitucional.³⁴

A segunda problemática apresentada diz respeito à classificação em si. Tal questão, em verdade, foi levantada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Nesse caso, “rejeita-se” a

³² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 209 e 210.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 220.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 221.

classe das normas de eficácia contida pelo fato de não haver distinção real entre elas e as normas de eficácia plena. Afinal, nos dois grupos a regulação é suficiente, a ponto de ser dispensável a atuação posterior do legislador ordinário. No entanto, não há uma rejeição completa, o que o autor faz é um rearranjo das espécies, sendo o gênero as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata e as espécies as normas de eficácia plena propriamente ditas e as de eficácia plena, mas restringíveis.³⁵

O último problema relativo às normas de eficácia contida é justamente sobre a sua existência. Virgílio entende que todas as normas constitucionais são passíveis de restrição, motivo pelo qual não há sentido em distingui-las conforme com esse critério.³⁶

Ademais, outra crítica apresentada refere-se ao caráter estritamente jurídico que José Afonso dá ao seu conceito de eficácia. Virgílio perfilha a tese de que a produção de efeitos de uma norma depende sempre de uma série de variáveis, não só do dispositivo legal em si.³⁷ Diz, ainda, que não existe norma constitucional que não dependa de alguma regulamentação e que não seja suscetível a alguma restrição, até porque os elementos normativos dos quais depende a produção de efeitos podem ser de várias ordens.³⁸ Consoante noção cedida, tem-se a seguinte passagem:

Assim, se a distinção entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada reside na necessidade, no caso das segundas, de atuação estatal no sentido de lhes completar a eficácia, a distinção cai por terra se se aceita que, da mesma forma que todas as normas estão sujeitas a restrição, todas elas dependem, também de regulamentação.³⁹

A mais atual proposta de classificação é, contudo, a de Maria Helena Diniz, de acordo com a qual as normas constitucionais podem ser de eficácia absoluta, eficácia plena, eficácia relativa restringível ou eficácia relativa complementável.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 222 e 223.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 223.

³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 229.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 230.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 230.

Ante o exposto, é seguro dizer que as propostas de classificação não são incompatíveis, já que reconhecem que não há norma constitucional destituída de eficácia, mas sim normas que dependem da atuação do legislador para que alcancem suficiente normatividade e possam, então, produzir plenamente seus efeitos.⁴⁰

Imperioso ressaltar, por fim, que a eficácia jurídica das normas constitucionais está diretamente ligada à sua densidade normativa. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho:

Em face do exposto, pode falar-se em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.⁴¹

2.2. Considerações sobre eficácia e aplicabilidade

Outra consideração que deve ser feita previamente ao estudo dos direitos fundamentais propriamente ditos, diz respeito aos conceitos de eficácia e aplicabilidade. No entanto, é importante frisar que a doutrina tem separado a eficácia em duas espécies, quais sejam: jurídica e social.

O primeiro autor a ser tratado no presente ponto será José Afonso da Silva, que define a aplicabilidade como sendo a capacidade que uma norma tem de ser aplicada, não havendo que se falar em produção efetiva de seus efeitos, pois isso já seria a eficácia social da norma. Essa eficácia social seria, então, a real efetivação da norma, significa que ela estaria efetivamente regendo a realidade social nela descrita.⁴²

Sobre a aplicabilidade, vale o destaque para o seguinte trecho:

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 259.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 260 e 261.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 13.

Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, “no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”.⁴³

Em relação à eficácia, por sua vez, diz-se que uma norma só será aplicável na medida em que é eficaz, configurando a eficácia como a potencialidade de produção de efeitos e a aplicabilidade como a real produção dos mesmos.⁴⁴

José Afonso distingue, ainda, os conceitos de positividade, vigência e eficácia. A positividade seria o caráter concreto de regimento de condutas, mediante normas bilaterais e atributivas. A vigência é a qualidade que faz a norma existir juridicamente, após promulgação e publicação, sendo então pressuposto da eficácia⁴⁵ que, como já visto, pode ser social e jurídica. É social quando se refere à real observância e aplicação das normas, tratando-se, então, da sua efetividade, e é jurídica quando trata apenas da possibilidade de uma norma produzir efeitos. Dessa forma, portanto, é possível que uma norma tenha efeito jurídico, mas não social.⁴⁶

Luis Roberto Barroso também separa os conceitos de existência, validade, vigência, eficácia e eficácia social. A existência de um ato depende da existência dos elementos constitutivos necessários definidos em lei, quais sejam: agente, objeto e forma. A validade seria a verificação quanto à perfeição do ato, ou seja, se seus elementos constitutivos preenchem os atributos e requisitos necessários, que são a competência, a forma adequada e a licitude. Nesse contexto, norma inconstitucional seria, então, inválida, nula de pleno direito. A vigência, por sua vez, seria a validade técnico-formal da norma, abarcando sua existência jurídica e sua aplicabilidade.⁴⁷

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 51.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 59.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 244.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 65 e 66.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 79, 80 e 81.

Vale dizer, ainda, que Barroso perfilha a tese de que a eficácia é a aptidão que um ato jurídico possui para produzir efeitos. Nesse contexto, eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade pretendida. Designa, então, a qualidade de produzir efeitos, relacionando-se à aplicabilidade e à exigibilidade. Além disso, entende como eficácia social a força operacional da norma no âmbito fático, ou seja, diz respeito ao desempenho concreto da função social do Direito, aproximando o dever-ser do ser real da norma.⁴⁸

Nesse sentido, tem-se o trecho a seguir:

(...) O Direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a este designio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia.⁴⁹

Outro autor que discorre sobre esse ponto e que, inclusive, já foi abordado no presente trabalho é Virgílio Afonso da Silva. Argumenta, seguindo a linha de Tércio Sampaio Ferraz Jr., que a eficácia depende de condições fáticas, que adequariam a norma à realidade, e de condições técnicas, que seriam os elementos normativos necessários à produção de efeitos.⁵⁰

Nesse contexto, a noção das condições fáticas de Virgílio muito se assemelha ao conceito de eficácia social de José Afonso, tanto que ambos falam da efetividade da norma. No entanto, Virgílio critica o estudo de José Afonso, pois este limita-o à capacidade de produção de efeitos e aquele acredita que essa produção depende de outras questões, não só da norma positivadora, como algum tipo de regulamentação ou restrição – já que, como visto no tópico anterior, entende que todas as nossas são passíveis de regulamentação ou regulação. Diz, ainda, que “as condições fáticas não são algo externo ao direito e devem, por isso, ser consideradas também na análise constitucional que alguns autores denominam de estritamente jurídica”.⁵¹

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 81 e 82.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 84.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 228.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 229, 230 e 234.

Outra autora cujo estudo deve ser mencionado é Flávia Piovesan, que enxerga a eficácia como possibilidade de produção concreta de efeitos, ou seja, considera eficaz a norma que é devidamente aplicada e respeitada.⁵²

Ingo Sarlet, em seu livro sobre a eficácia jurídica dos direitos fundamentais, apresenta a posição defendida por Eros Roberto Grau que, indo de encontro às concepções clássicas, entende que a eficácia social de uma norma não se relaciona com o plano da sua aplicação. A eficácia social seria algo posterior à aplicação, já que, até que se cumpra efetivamente a regra e/ ou a decisão do Judiciário, não haveria que se falar em eficácia.⁵³

Nesse contexto, diz-se:

À luz destas considerações, há como sustentar a íntima vinculação entre as noções de eficácia jurídica e social (efetividade), a primeira constituindo pressuposto da segunda, sem que, por outro lado, se possam desconsiderar as evidentes distinções entre uma e outra. Além disso, independentemente da terminologia que se possa adotar, já que retomar aqui a já referida e perspicaz ponderação do ilustre Professor Eros Roberto Grau, que aponto para a circunstância de que a decisão pela aplicação do Direito constitui, em última análise, uma opção pela sua efetivação, que não se pode confundir com o fato de que, uma vez tornado efetivo o Direito – isto é, aplicado ao caso concreto – este venha a ser executado pelos destinatários, atingindo a finalidade prevista na norma.⁵⁴

Ante o exposto, ainda que alguns autores – como Virgílio Afonso da Silva – argumentem pela inexistência da eficácia jurídica das normas constitucionais, no presente trabalho não só entende-se pela sua existência, como essa eficácia será justamente o foco do estudo sobre os direitos fundamentais.

⁵² PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 67.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 247.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 227.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROPRIAMENTE DITOS

3.1. Histórico das declarações de direitos e dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais como previsão expressa nas declarações constitucionais, é algo relativamente recente na história. No entanto, é possível enxergar precedentes a tais direitos desde a Idade Média. Nesse contexto, no presente ponto, estudaremos a evolução do pensamento que culminou na positivação dos direitos fundamentais e na necessidade de tutelá-los.

Sobre a história dos direitos fundamentais, Paulo Bonavides diz:

É a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.⁵⁵

Destaca-se como um dos antecedentes mais diretos das declarações de direitos, o aparecimento das leis fundamentais do Reino que, no contexto da Idade Média, limitavam os poderes dos monarcas, fazendo nascer os pactos, os forais e as cartas de franquias, que concediam proteção aos direitos individuais.⁵⁶

Ainda que as declarações de direitos, no sentido moderno, só tenham aparecido após as Revoluções Americana e Francesa, frisa-se o papel das seguintes cartas inglesas: Magna Carta (1215-1225), Petition of Rights (1628), Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). É necessário atentar para o fato de que, apesar de serem estatutos assecuratórios de temas limitados, tais textos foram de suma importância para o condicionamento de regras de proteção mais ampla aos direitos humanos fundamentais.⁵⁷

⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 589.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 151.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 151 e 152.

A primeira declaração de direitos no sentido moderno propriamente dita é de 1776, de uma das treze colônias norte-americanas: a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que – anterior à própria Declaração Norte Americana – já versava sobre a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação dos poderes,⁵⁸ sobre a qual, diz-se:

A Declaração da Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições freqüentes, certas e regulares; (6) as eleições dos representantes do povo podem e devem ser livres; (7) é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; (8) assegurado o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento rápido por júri imparcial, e que ninguém seja privado de liberdade, exceto pela lei da terra ou por julgamentos de seus pares; (9) vedadas fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários; (10) vedada a expedição de mandados gerais de busca ou de detenção, sem especificação exata e prova do crime; (11) a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade; (12) “que a milícia bem regulada, composta de elementos do povo, com prática de armas, constitui a defesa própria, natural e segura de um Estado livre; que os exércitos permanentes, em tempo de paz, devem ser evitados, como perigosos para a liberdade; e que, em todos os casos, o militar deve ficar sob rigorosa subordinação ao poder civil e por ele governado”; (13) todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência.⁵⁹

A Constituição Americana de 1787, a princípio, não contava com declarações sobre os direitos fundamentais do homem. No entanto, para ser ratificada e, então, poder entrar em vigor, alguns Estados independentes exigiram a introdução de uma Carta de Direitos (Bill of Rights). Dentre os direitos fundamentais nela previstos estavam: liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição; inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos; direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal; garantia do direito de propriedade; proibição da escravatura e servidão involuntária; garantia de igualdade perante a lei.⁶⁰

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tem o conteúdo mais universalizante e abstrato em relação às declarações americanas. Tem como características

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 154.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 154.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 156.

essenciais a intelectualidade, já que a afirmação dos direitos nela contidos foi uma operação intelectual e que se desenvolveu ao longo do século XVIII; o mundialismo, já que não se preocupa apenas com a realidade local, mas com todos os indivíduos, e busca alcançar um valor universal; e o individualismo, já que só dispõe sobre as liberdades individuais, preocupando-se em defender o indivíduo frente ao Estado. Nesse contexto, é documento marcante do Estado Liberal e que serve de base às declarações dos séculos seguintes.⁶¹

Em 1948 foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem, pela terceira sessão ordinária da Assembléia Geral da ONU. O preâmbulo da referida declaração traz como ideal comum o desenvolvimento e o respeito aos direitos e liberdades ali definidos a partir de medidas de ordem nacional e internacional, além do reconhecimento e aplicação universais e efetivos. Dentre os direitos reconhecidos estão: dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático, com base no progresso econômico, social e cultural e o direito de resistência à opressão. Como se pode notar pelo acima exposto, a Declaração dos Direitos do Homem da ONU consagrou, então, três objetos fundamentais, quais sejam: a certeza, a segurança e a possibilidade dos direitos.⁶²

Necessário dizer que por mais que as supracitadas declarações tenham sido de importância ímpar para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, o grande problema das mesmas refere-se justamente à eficácia dos direitos ali definidos, tanto que a questão técnica abordada nas declarações contemporâneas foi a de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais mediante recursos jurídicos.⁶³

3.2. Conceito, natureza e características dos direitos fundamentais

3.2.1. Delimitação conceitual dos direitos fundamentais

Cumprir examinar, após a exposição do histórico das declarações e dos direitos fundamentais propriamente ditos, o conceito dos mesmos. No entanto, tal tarefa não é de tão

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 157 e 158.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 163 e 164.

⁶³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 166.

simples realização, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem ao longo do tempo.

José Afonso da Silva diz que essa dificuldade é agravada pelo fato de serem empregadas as mais diversas expressões para designá-los, como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.⁶⁴ No entanto, julga ser essa última a expressão mais adequada:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II a Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.⁶⁵

O renomado professor constitucionalista Rodrigo Padilha, por sua vez, com base no artigo 1º, parágrafo único da Constituição, conceitua os direitos fundamentais como limitações impostas pela soberania popular aos poderes do Estado Federal, sendo, portanto, um desdobramento do Estado Democrático de Direito.⁶⁶

Ingo Sarlet, preliminarmente à delimitação conceitual dos direitos fundamentais, julga necessária a distinção entre estes e os direitos humanos, argumentando que:

Nesse contexto, de acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.⁶⁷

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 175.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 178.

⁶⁶ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 245.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 31.

Ante o exposto, é possível enxergar que Ingo Sarlet conceitua os direitos fundamentais como direitos que nascem e se desenvolvem nas Constituições em que foram assegurados. No entanto, é necessário atentar para o fato de que o autor também entende que os direitos humanos podem se transformar em fundamentais quando da sua positivação, que a eles concede hierarquia jurídica e caráter vinculante em relação a todos os poderes de um Estado Constitucional.⁶⁸

3.2.2. Teorias sobre a natureza dos direitos fundamentais

Sobre a natureza dos direitos fundamentais, julga-se necessário o destaque para as quatro teorias possíveis de adoção.

O entendimento de José Afonso da Silva – segundo o qual os direitos fundamentais são normas constitucionais por se inserirem no texto de uma constituição, tendo nascido e se fundamentado pelo princípio da soberania popular – muito se aproxima da natureza juspositivista, defendida por Hans Kelsen e Hebert Hart, ao passo que tais autores também argumentam que os direitos fundamentais se originam de normas constitucionais, ou seja, são obra do poder constituinte.⁶⁹

Em contrapartida, há quem defenda que a natureza seria jusnaturalista, entendendo que tais direitos são anteriores ao poder constituinte, nascendo do direito natural, tendo a positivação caráter declaratório apenas. Essa vertente jusnaturalista foi adotada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Ademais, tem-se a natureza idealista, segundo a qual os direitos fundamentais defluem do universo abstrato das idéias desenvolvidas ao longo do tempo, e a realista que, defendida por Norberto Bobbio, diz que os direitos fundamentais são frutos de reivindicações políticas e sociais.⁷⁰

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 32.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 180.

⁷⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 246 e 247.

3.2.3. Características dos direitos fundamentais

José Afonso da Silva entende que quatro são os principais caracteres dos direitos fundamentais, quais sejam: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade. São históricos já que surgem a partir da revolução da burguesia e se desenvolvem com o decorrer do tempo. São inalienáveis ao passo que são indisponíveis. São imprescritíveis porque nunca deixam de ser exigíveis e seu exercício ocorre só pelo fato de serem reconhecidos pelo ordenamento jurídico. São, por fim, irrenunciáveis na medida em que podem não ser exercidos, mas não são passíveis de renúncia pelos titulares.⁷¹

Além das supracitadas características, é possível afirmar que os direitos fundamentais também não são mensuráveis economicamente, motivo pelo qual são dotados de extrapatrimonialidade. Ademais, são aplicáveis a todos os indivíduos indiscriminadamente, sendo, portanto, universais; interdependentes, já que o usufruto de um direito fundamental pressupõe o gozo simultâneo dos demais; e vinculantes, ao passo que os poderes estatais devem observá-los quando da sua atuação.⁷²

Impende ressaltar, ainda, que alguns autores, como Pontes de Miranda, sustentam que existem direitos fundamentais relativos e absolutos. Os relativos valeriam conforme a lei e os absolutos existiriam não de acordo com a lei que os cria ou os regulamenta, mas sim a despeito delas.⁷³ No entanto, tal entendimento não merece prosperar. Nesse sentido, destaca-se:

Alguns doutrinadores sustentam, como mais uma característica, a relatividade dos direitos fundamentais sob o argumento de que não existe direito fundamental absoluto.

Esse foi o entendimento que o STF firmou no MS 23.452 (Rel. Celso de Mello, DJ. 12.05.2000), em que afirma que, com base no princípio da convivência entre liberdades, nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, os quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica.⁷⁴

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 181.

⁷² PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 247.

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 181.

⁷⁴ PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 247.

3.3. Classificação dos direitos fundamentais

Após a análise do histórico e das características dos direitos fundamentais, parte-se, então, para a classificação dos mesmos. Alguns autores, tendo como base que direitos fundamentais são obra da civilização jurídica, o que pressupõe a existência de uma forma política capaz de ordenar a sociedade e assegurar suas condições de validade e exercício,⁷⁵ dividiram os direitos fundamentais em três gerações. A primeira englobaria os direitos que implicam em um “não agir” estatal, a segunda diria respeito aos direitos prestacionais, ou seja, que dependem de atuação ativa do Estado, e a terceira diria respeito aos direitos difusos.

Antes da análise propriamente dita das gerações supracitadas, faz-se necessária a diferenciação entre direitos individuais, direitos coletivos e direitos difusos. São direitos individuais aqueles em que se pode determinar o titular individual e a sua relação com o direito em questão.⁷⁶ São coletivos quando há indeterminação relativa de seus titulares, ou seja, são os direitos de grupos sociais determinados, que só podem ser exercidos coletivamente.⁷⁷ São difusos, por fim, quando há indeterminação absoluta de seus titulares; seu surgimento tem ligação direta com a massificação da sociedade e seu exercício está diretamente ligado ao agir solidário.⁷⁸

Após a exposição das diferenças dos direitos individuais, coletivos e difusos, parte-se para o exame das três gerações dos direitos fundamentais.

Alguns doutrinadores entendem que os direitos fundamentais nasceram marcados pelo individualismo, logo, seria natural que suas primeiras noções tenham como meta a proteção do indivíduo frente ao Estado, já que a liberdade é pressuposto para os demais direitos constitucionais. Nesse contexto, a primeira geração dos direitos fundamentais tem como titular o indivíduo e trata dos direitos que, oponíveis ao Estado, limitam seus poderes, caracterizando-se, então, pela sua eficácia negativa.⁷⁹

⁷⁵ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21 e 22.

⁷⁶ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

⁷⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 29.

⁷⁸ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 26.

⁷⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30 e 31.

No entanto, Jairo Schäfer destaca que a idéia de que a primeira geração vincula o Estado deve ser adequada, já que a eficácia dos direitos fundamentais não é só vertical, ou seja, entre Estado e indivíduo, mas também horizontal, entre os próprios indivíduos. Não basta, portanto, limitar o poder estatal; a liberdade alheia deve ser respeitada também pelos demais indivíduos.⁸⁰

A segunda geração dos direitos fundamentais tem seu surgimento diretamente ligado à constituição do Estado Social que, por sua vez, relaciona-se com a industrialização e com a democratização do poder político.⁸¹ Nessa geração, o Estado assume uma função promocional, ao passo que engloba os direitos econômicos, sociais e culturais.⁸²

Convém notar que, no contexto da segunda geração, que trata dos direitos prestacionais, está inserida a noção de igualdade material, ou seja, tratar desigualmente os indivíduos na medida da sua desigualdade. O papel do Judiciário nesse caso seria, então, averiguar a razoabilidade com que o tratamento desigual está sendo imposto pelo Legislativo.⁸³

A terceira geração, conforme visto acima, trata dos direitos difusos, que podem ser entendidos como direitos de solidariedade humana, já que não se destinam a pessoas específicas, mas à coletividade.⁸⁴ Nesse contexto, diz-se que a efetivação dos chamados novos direitos pressupõe visões marcadamente solidárias, no sentido de que não há possibilidade de fruição egoística desses direitos. São direitos difusos, transindividuais, que não apresentam titularidade individual.⁸⁵

Ainda que a divisão dos direitos fundamentais em gerações tenha muitos adeptos e seja até hoje defendida, entende-se que o termo “geração” não é a melhor terminologia para a classificação. Afinal, o uso desse termo pode levar ao erro de se pensar que as ditas “gerações” se sucedem ao longo da história, uma substituindo a outra quando, na verdade, há

⁸⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 37.

⁸¹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

⁸² SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51.

⁸³ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51.

⁸⁴ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

⁸⁵ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 57.

uma acumulação desses direitos, ou seja, eles se complementam. A partir dessa crítica, então, passou-se a falar sobre “dimensões”.⁸⁶

As dimensões seriam a negativa, que corresponde aos direitos de primeira geração, já que implicam em abstenção estatal; a positiva, que corresponde aos direitos de segunda geração por dependerem de prestações estatais; e a difusa, que corresponde aos direitos de terceira geração.⁸⁷

Alguns autores argumentam, contudo, que a validade de uma divisão conforme o momento histórico é discutível, já que mais primordiais são os conteúdos essenciais dos direitos, o que fez surgir uma nova forma de divisão. As duas novas categorias seriam, então, de liberdades negativas, quando o direito impedir a atuação estatal, correspondendo aos direitos de não lesão/ de defesa; e de liberdades positivas, que dizem respeito aos direitos que determinam uma ação do Estado, correspondendo aos direitos prestacionais.⁸⁸

Vale ressaltar, que não há que se falar em comparação entre as teorias classificatórias. Os direitos negativos não correspondem aos de primeira geração e os positivos não correspondem aos de segunda geração. Afinal, tanto os direitos negativos quanto os direitos positivos podem ser encontrados em qualquer uma das gerações da teoria geracional, bastando para isso seu conteúdo reclamar essa posição.⁸⁹

Nesse contexto, imperioso se faz o esclarecimento quanto à divisão dos direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos prestacionais, elaborada por Robert Alexy. São de defesa os direitos a omissões estatais e prestacionais, aqueles referentes a algum ato positivo.⁹⁰

Corroborando tal entendimento, tem-se a noção de Jellinek, que defende que direitos de status negativos, ou seja, os de defesa, são os que exigem uma omissão do Estado, de

⁸⁶ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 61.

⁸⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 62.

⁸⁸ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 62 e 67.

⁸⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70.

⁹⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 71.

maneira que não interfira na esfera privada dos indivíduos, protegendo-os contra eventuais abusos e possibilitando a resistência a eventual interferência.⁹¹

Os direitos de defesa podem ser, ainda, divididos em três subgrupos, quais sejam: direitos ao não impedimento de ações, que são aqueles dos cidadãos frente ao Estado, de maneira que este não possa impedir certas condutas daqueles; direitos à não afetação de propriedades e situações, que protegem os bens jurídicos dos cidadãos frente às ações do Poder Público; e direitos à não eliminação de posições, que impedem o Poder Público de interferir na configuração jurídica dos direitos dos cidadãos.⁹²

Os direitos prestacionais – ou de status positivo – são aqueles que exigem do Estado algum tipo de prestação para que possam se concretizar⁹³ e também podem ser divididos em três subgrupos: direitos à proteção, que determinam que o Estado deve proteger o indivíduo da intervenção de terceiros mediante normas de direito penal, processo penal, ações administrativas e atuações fáticas; direitos à organização e a procedimento, que estabelecem princípios e regras para a obtenção de certos resultados; e direitos à prestação em sentido estrito, que são os direitos sociais.⁹⁴

Em paralelo à divisão dos direitos prestacionais acima apresentada, é pertinente, ainda, apresentar a classificação de Jellinek, cujo entendimento é o de que tais direitos podem ocorrer pelo viés material, quando há oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não têm como adquiri-los ou, ainda, pelo viés normativo, com a criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais.⁹⁵

Além dos direitos negativos e positivos, Jellinek argumenta pela existência de direitos de status ativos, que seriam os direitos políticos/ de participação. Tais direitos possibilitariam a interferência ativa dos cidadãos na política estatal, sendo, portanto, a base do regime democrático.⁹⁶

⁹¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 50.

⁹² SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 72 e 73.

⁹³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

⁹⁴ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 73 e 74.

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 53.

Ainda que os direitos fundamentais sejam, como previamente apresentado, constantemente separados em grupos, Jairo Schäfer argumenta que essa tentativa de classificação prejudica a produção de efeitos desses direitos, ao passo que os hierarquiza de maneira valorativa, o que não poderia ocorrer, além do fato de que a divisão em direitos negativos e positivos se mostra insuficiente, ao passo que é meramente de grau, sendo que todos os direitos possuem expectativas positivas e negativas.⁹⁷

Jorge Miranda, crítico da classificação, elaborou, então, algumas proposições cujo objetivo é clarificar o regime específico aos direitos fundamentais.

De acordo com esse autor, há um regime jurídico geral dos direitos fundamentais, segundo o qual esses direitos possuem conteúdos essenciais que, devido à sua importância, possuem eficácia imediata de vinculação. Por esse motivo, aos conteúdos essenciais dos direitos econômicos, sociais e culturais se aplicam as mesmas regras dos direitos, liberdades e garantias. Além disso, pugna pela eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, quando presentes os pressupostos econômicos, financeiros e institucionais que possibilitam sua passagem da esfera programática para a de aplicação imediata.⁹⁸

Ademais, Jorge Miranda defende a existência da eficácia horizontal dos direitos econômicos, sociais e culturais, e de um regime jurídico específico de tais direitos, de acordo com o qual cabe ao Estado e à sociedade civil concretizá-los. No entanto, apesar de o conteúdo essencial precisar ser assegurado, entende que a concretização depende da reserva do possível e do mínimo existencial, sendo que em relação à reserva do possível, não há que se falar em restrição, mas sim em avaliação dialética entre os direitos e os recursos disponíveis capazes de possibilitar sua plena fruição.⁹⁹

No mais, os princípios da universalidade e do não retorno da concretização também são aplicáveis aos direitos sociais, econômicos e culturais. Aquele, configura uma medida que promove a igualdade material e este, impede a revogação não razoável de normas infraconstitucionais que busquem a concretização de tais direitos.¹⁰⁰

⁹⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77 e 92.

⁹⁸ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

⁹⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 80 e 81.

¹⁰⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 81 e 82.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, em seu livro sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, criticam a classificação unitária acima apresentada, sob o argumento de que a classificação dos direitos fundamentais não implica na sua hierarquização, mas sim no reconhecimento das diferenças entre suas funções, mesmo que todas possuam a mesma “dignidade” constitucional. Tais autores entendem, por sua vez, que a classificação de Jellinek seria a preferível dentre as demais, mas ponderam que seu esquema não é capaz de abarcar todos os direitos fundamentais das constituições modernas, motivo pelo qual analisam alguns casos particulares.¹⁰¹

Os direitos coletivos não são contemplados pela classificação de Jellinek, ainda que presentes nas Constituições. Tais direitos dividem-se em coletivos tradicionais, que são direitos de resistência, políticos ou prestacionais, mas que só contemplam grupos determinados de pessoas, sendo de titularidade individual, mas de “expressão” coletiva; e direitos difusos, que são de natureza e titularidade coletiva. No entanto, em relação a essa segunda categoria, os autores fazem uma crítica ao fato de não ser possível determinar o que cada titular pode fazer ou exigir em certas situações fáticas.¹⁰²

José Afonso da Silva, doutrinador cujas idéias já foram apresentadas neste trabalho, também classifica os direitos fundamentais agrupando-os com base no seu conteúdo, referindo-se à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. De acordo com esse critério, tem-se: os direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares; os direitos fundamentais do homem-nacional, cujo conteúdo e objeto dizem respeito à definição de nacionalidade e suas faculdades; os direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos; os direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados nas relações sociais e culturais; os direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, ou seja, os direitos coletivos; e os direitos fundamentais do homem-solidário, ou do gênero humano.¹⁰³

Convém notar que, apesar de realizar a classificação acima exposta, o autor perfilha a tese de que a Constituição integra os direitos fundamentais nela previstos em um todo harmônico. Tal afirmação pode ser depreendida a partir do seguinte trecho:

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 55.

¹⁰² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 56 e 57.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 182 a 184.

A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante.¹⁰⁴

3.4. Garantias dos direitos fundamentais

A partir do entendimento de que direitos fundamentais são bens e vantagens conferidos pela norma e as garantias são os meios que fazem valer esses direitos, assegurando seu exercício e gozo¹⁰⁵, faz-se necessário falar sobre os tipos de garantias dos direitos fundamentais.

José Afonso da Silva divide tais garantias em dois grupos. O primeiro grupo é o das garantias gerais, que buscam assegurar a existência e a efetividade – ou seja, a eficácia social – dos direitos fundamentais, formando a estrutura de uma sociedade democrática. O segundo grupo é o das garantias constitucionais, que tutelam a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais.¹⁰⁶

Esse segundo grupo divide-se, ainda, em garantias constitucionais gerais, que objetivam impedir o arbítrio do Poder Público, constituindo técnicas assecuratórias da eficácia dos direitos fundamentais; e garantias constitucionais especiais, que conferem aos titulares dos direitos fundamentais meios para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos.¹⁰⁷

Nesse contexto, sobre o conjunto das garantias de direitos fundamentais, diz-se:

(...) As garantias constitucionais, em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado.¹⁰⁸

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 185.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 412.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 188.

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 412 e 413.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 413.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins também admitem que as garantias constitucionais são disposições constitucionais que visam a prevenir ou corrigir uma violação de direitos. No entanto, classificam-nas em preventivas quando dispõem sobre a organização e fiscalização das autoridades estatais, ou repressivas, quando objetivam impedir violações de direitos fundamentais ou sanar lesões decorrentes de tais violações.¹⁰⁹

É importante falar, ainda, sobre as garantias de organização, cuja finalidade é criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais, sob a lógica de que de nada adianta ter garantidos certos direitos se não há um sistema capaz de tutelar seu exercício.¹¹⁰ Resta claro, portanto, que a existência e a definição de garantias de organização não tratam de pura retórica, são instrumentos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais. Para corroborar a afirmativa, tem-se a passagem abaixo transcrita:

A experiência cotidiana, assim como uma série de estudos, indica que em regiões e bairros pobres a presença das autoridades do Estado brasileiro, até hoje, não cumpriu sua obrigação de oferecer estruturas públicas capazes de atender às necessidades da população, necessidades que devem ser entendidas e satisfeitas não como obra de caridade de políticos paternalistas, mas enquanto cumprimento de uma obrigação do Estado definida pela própria Constituição Federal e que corresponde à efetivação dos direitos fundamentais sociais.¹¹¹

4. ALCANCE E ABRANGÊNCIA DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O Título II da Constituição da República de 1988 dispõe sobre os “direitos e garantias fundamentais”. O artigo 5º, mais precisamente, traz um rol extenso de direitos e deveres, tanto individuais quanto coletivos. Entretanto, não é só no referido artigo que podemos encontrar normas definidoras de direitos fundamentais. Os direitos políticos, de nacionalidade e sociais, por exemplo, são inegavelmente fundamentais e não estão no rol do artigo supracitado, mas sim ao longo do texto da Carta Magna.

¹⁰⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

¹¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

¹¹¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 60.

O constituinte originário determinou que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme previsão do artigo 5º, § 1º. Nesse ponto, portanto, abordaremos as diferentes noções sobre o dispositivo, analisando qual seria seu alcance e o sentido da norma nele contida. É imperioso, ainda, o exame da abrangência do dispositivo, se aplicável a todos os direitos e garantias previstos na Constituição ou se restrita aos direitos que constam no rol do artigo 5º.

Preliminarmente ao estudo do artigo em tela, vale dizer que a função precípua dos direitos fundamentais é dar critérios para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional.¹¹² Nesse sentido:

As normas incluídas no âmbito do conceito de direitos fundamentais serão efetivadas já não só porque gozam de um determinado tipo de positividade, mas também porque representam verdadeiros critérios de legitimação do próprio poder criador de positividade.¹¹³

Alguns doutrinadores entendem que uma nova leitura do artigo 5º, § 1º deve ser feita. Defendem que a aplicação do dispositivo deve ser restrita aos direitos e garantias contidos no próprio artigo 5º, sob o argumento de que essa seria a vontade do constituinte. No entanto, esse pensamento não pode prosperar, ao passo que não é possível supor qual teria sido a “vontade real” do constituinte originário, além do fato de que – assumindo uma posição garantista – não faria sentido retirar dos demais direitos fundamentais sua aplicação imediata somente por uma questão de localização dentro do texto da Carta Magna. Ademais, a leitura literal do dispositivo analisado também sugere sua aplicação a todos os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente.¹¹⁴

¹¹² SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direito fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.

¹¹³ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direito fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 287.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 270.

Vale ressaltar, ainda, que o fato de os direitos fundamentais constituírem um rol aberto, ou seja, passível de alargamento, tem como objetivo justamente a maximização de tais direitos e não a sua restrição.¹¹⁵

No mais, a restrição do alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição da República também não faria sentido tendo em vista a importância dos demais direitos que, apesar de não se encontrarem no artigo 5º, não deixam de ser fundamentais. Nesse sentido, vale atentar para a seguinte passagem:

Convém recordar, ainda, que no capítulo reservado aos direitos fundamentais em nossa Constituição foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos. Por outras razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que já foi objeto de detida análise. Ademais, a ausência de vedação expressa a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora o texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.¹¹⁶

Há quem argumente que a disposição do artigo 5º, § 1º não seria suficiente para dar plena eficácia a todos os direitos fundamentais, já que nem todos possuem concretização suficiente, necessitando de posterior complementação por parte do legislador ordinário¹¹⁷ para, aí então, gerar todos os direitos subjetivos para os titulares.

¹¹⁵ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 65.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 271.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 272.

Uma segunda corrente entende que todas as normas de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, desde que a Constituição não disponha sobre a necessidade de concretização por parte do Legislativo e desde que a norma tenha todos os elementos mínimos necessários à sua aplicabilidade.¹¹⁸

Uma terceira posição diz, ainda, que não existiriam normas de cunho meramente programático na Constituição, já que não só há a disposição do artigo 5º, § 1º, como também foram criadas as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e os mandados de injunção que servem justamente para concretizar as normas constitucionais afetadas pela omissão legislativa.¹¹⁹

Flávia Piovesan entende que o artigo 5º, § 1º da Constituição é norma que torna inadmissível a inércia do Estado quanto à concretização dos direitos fundamentais,¹²⁰ atentando, ainda, para o mandado de injunção e para a ação direta de inconstitucionalidade. Sobre o mandado de injunção, argumenta que:

Apresentam-se, assim, alternativas que buscam interpretar a finalidade do novo instituto. Nesta polêmica, destacam-se três entendimentos, aqui expostos sucintamente: a) ao conceder o mandado de injunção estaria o Poder Judiciário a elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) caberia ao Poder Judiciário, na concessão do mandado de injunção, declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao poder omissor para que adotasse as providências necessárias à realização da norma constitucional e c) ao conceder o mandado de injunção, competiria ao Poder Judiciário tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito ou liberdade que se encontrava obstado por faltar norma regulamentadora.¹²¹

A autora entende que a terceira teoria seria a mais adequada, argumentando que o Judiciário deve tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito antes impossibilitado pela omissão do legislador. Diz que a primeira teoria não pode ser aceita porque violaria o princípio da separação dos poderes, e que a segunda também não pode prosperar ao passo que

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 272.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 273.

¹²⁰ PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 71.

¹²¹ PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 70.

igualaria os objetivos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja pretensão se configura na busca de declaração judicial que dê ciência ao poder omissor para a adoção das medidas necessárias, conforme se depreende do artigo 103, § 2º da Constituição da República.¹²²

Flávia argumenta, ainda, que a partir da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção e do artigo 5º, § 1º da Constituição, é possível extrair das normas programáticas verdadeiros direitos subjetivos. Dessa forma, não é mais possível enxergá-las como destituídas de eficácia, sendo necessária a criação de uma cultura jurídica de fiscalização quanto ao seu cumprimento.¹²³ Nesse sentido, diz:

A força "dirigente" e vinculante dos direitos fundamentais há de ser convertida em referencial a orientar a implementação das políticas públicas, impondo-se a criação de um instrumento de garantia da realização dessas políticas, que no plano jurídico, como sugere Fábio Konder Comparato, poderia tomar a forma de um "mandado de injunção social".¹²⁴

Vale dizer, ainda, que a Constituição de 1988 atesta a ineficiência de um modelo liberal, tanto que novas atribuições são conferidas ao Estado para que sejam alcançadas as transformações sociais. A partir do momento em que os direitos de liberdade evoluem e resultam nos direitos sociais, econômicos e culturais – e tais direitos são prestacionais – a noção de possibilidade de omissão por parte do Poder Público deixa de existir, havendo nítida proibição para tal.¹²⁵ Tendo em vista o entendimento exposto, faz-se necessária a transcrição do seguinte trecho da autora ora analisada:

De fato, do direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias, caminha-se ao direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos. Se o Estado possui um dever de abstenção em relação

¹²² PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 69 e 70.

¹²³ PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 72.

¹²⁴ PIOVESAN, Flavia Cristina. Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 37, p.63-74, jan. 1992. p. 72.

¹²⁵ PIOVESAN, Flavia Cristina. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 38, p.75-88, jul. 1992. p. 78.

aos direitos civis e políticos, possui um dever de ação no que tange aos direitos econômicos e sociais.¹²⁶

Nesse contexto, insta salientar que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios e nela existem normas que dependem da atuação do Poder Público para se concretizarem. Além disso, apesar de haver quem argumente pela inexistência das normas programáticas, sua importância é inegável em qualquer ordenamento jurídico, já que seriam as “normas-fim”, funcionando como diretrizes para a atuação estatal.

Levando em consideração as três correntes apresentadas sobre o sentido da norma contida no artigo ora analisado, além da necessidade dos direitos fundamentais serem assegurados, principalmente em uma realidade de desigualdade social – como é a brasileira – pode-se entender o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988 como uma maneira de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais¹²⁷, atribuindo ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário a tarefa de dar as condições necessárias para que eles se concretizem.

Registre-se, no contexto de maximização da eficácia, a seguinte passagem de Paulo Bonavides:

De qualquer modo, os publicistas alemães desse período chegaram a vislumbrar três aspectos de capital relevância quanto aos direitos fundamentais: primeiro, a sua função protetora, capacitada a impor limites e deveres, tanto à autoridade legislativa como administrativa; segundo, o caráter unitário e unificador de que são dotadas tais normas de direitos fundamentais, sem embargo de sua variedade material de conteúdo e, terceiro, o princípio da efetividade desses direitos, cunhado por Thoma, princípio mediante o qual se determina que, em caso de dúvida na esfera interpretativa, cabe a preferência àquela norma mais apta a desdobrar com maior intensidade a eficácia jurídica do direito fundamental.¹²⁸

Ante o exposto, conclui-se que desde os publicistas alemães da época de Weimar havia a idéia de que se deve dar preferência para a regra mais apta a desdobrar a eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Dessa forma, seria seguro afirmar que o artigo 5º, § 1º da Constituição de 1988 deve ser interpretado como norma cujo objetivo é justamente maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, até mesmo aqueles de concretização incompleta, mas desde que dentro da reserva do possível.

¹²⁶ PIOVESAN, Flavia Cristina. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 38, p.75-88, jul. 1992. p. 78.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 276.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 626.

Jairo Schäfer também perfilha a tese da maximização dos efeitos dos direitos fundamentais, argumenta que eles devem ser entendidos através de uma ótica principiológica, que busca a maior eficácia possível, desde que dentro da reserva do possível, que, levando em conta as possibilidades jurídicas e econômicas, se relaciona de maneira externa aos direitos ora estudados.¹²⁹ Nesse sentido, diz:

A hermenêutica jurídico-constitucional deve pressupor a ideia de que a Constituição é sistema aberto: conjunto interligado de princípios e regras que devem manter entre si vínculo de essencial coerência, de modo a evitar contradições entre as suas disposições, conferindo-se máxima eficácia aos direitos fundamentais.¹³⁰

Além disso, fazendo uma leitura combinada do artigo 5º, § 1º da Constituição com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é possível enxergar que tais normas concedem ao Judiciário não só o poder de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, mas também o dever de fazê-lo. Afinal, é seguro aos juízes o preenchimento das lacunas da lei mediante a analogia, os costumes, e os princípios gerais do Direito, o que possibilitaria a eficácia plena de todas as normas de direitos fundamentais, até mesmo daquelas cuja concretização não está completa ou cuja normatividade é insuficiente. No entanto, em relação a esse poder-dever do Judiciário, deve-se atentar para o fato de que a natureza do direito fundamental de cada caso concreto é de suma importância para que o “preenchimento da lacuna” seja possível. O Judiciário não só não é legítimo para implantar os programas necessários para concretizar certos direitos fundamentais, como também tem a sua atividade limitada pela reserva do possível.¹³¹

Apesar de parte da doutrina entender pela necessidade de aplicação da reserva do possível quando da aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, esse não é um entendimento pacífico. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins consideram que esse instituto

¹²⁹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 88.

¹³⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 92.

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 277.

não pode ser utilizado no nosso ordenamento jurídico como critério para limitar a aplicabilidade dos direitos por três motivos.¹³²

O primeiro diz respeito ao fato de o "possível" não ser uma grandeza objetivamente aferível; logo, entendem que a utilização desse instituto se configura como simples má vontade política acerca do cumprimento dos direitos de baixa densidade normativa. O segundo trata do fato de o Judiciário só poder declarar inconstitucional as opções orçamentárias e as políticas públicas se houver algum critério racional, que seria o estabelecimento de prioridades. No entanto, além desse tipo de dispositivo ser raro nas Constituições, faltaria base normativa para realizar as comparações e estabelecer a prioridade, já que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Dessa forma, não é possível que o Judiciário afira se a realização de certo direito é "possível" ou não. O terceiro motivo, por fim, trata do fato de que a impossibilidade do ente estatal atender demandas não pode ser um limite à concretização de um direito social, seja no plano geral ou individual.¹³³ Para melhor entender tal afirmativa, transcreve-se o trecho abaixo:

A alegação de impossibilidade de cumprimento de dever estatal pode ter relevância jurídica no momento da execução judicial de condenações à prestação pelo Estado de um direito social, tendo em vista a ordem de cumprimento das prestações em face de critérios orçamentários. Mas nesse caso temos um clássico problema de tratamento desigual de titulares de direitos fundamentais, e não uma justificativa da reserva do possível como forma de relativizar a aplicação imediata dos direitos sociais.¹³⁴

Entende-se que como os direitos fundamentais são alçados à categoria de pressupostos legitimadores da ordem jurídica, podem fornecer referenciais materiais que legitimam, em determinados contextos, a concretização judicial da Constituição, independente da mediação legislativa, mesmo quando esta pareça ser requerida pela forma de positivação da norma. Além disso, tais elementos normativos conformam novas lentes através das quais deve ser

¹³² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

¹³³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99 e 100.

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101.

compreendido o direito infraconstitucional como critérios norteadores da interpretação judicial.¹³⁵ Nesse contexto, diz-se:

Assim, mesmo que, do ponto de vista formal, a norma não possua as qualidades que permitam caracterizá-la como de eficácia plena, se possuir determinado conteúdo, deve ser considerada pelo Judiciário como tal, independentemente de pronunciamento legislativo.¹³⁶

No mais, refuta-se o entendimento de não ser o dispositivo analisado capaz de tornar plenamente eficazes as normas de direitos fundamentais, já que elas não podem ser igualadas às demais normas constitucionais, e o artigo 5º, § 1º, não pode ter seu conteúdo esvaziado, sob o risco de virar mera repetição do princípio da constitucionalidade e da interpretação conforme a Constituição.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, além de defenderem que a norma do artigo 5º, § 1º da CRFB 1988, vincula todas as autoridades estatais, inclusive o Legislativo – que não pode restringir um direito fundamental de forma não permitida pela Constituição –, dizem que, como o dispositivo determina que os direitos fundamentais têm efeito imediato, ele permite que os titulares dos direitos possam exercê-los sem precisar de quaisquer autorização ou determinação estatal para tal.¹³⁷

Ante o exposto, entende-se que o artigo 5º, § 1º da Constituição da República, é uma norma de otimização, funcionando como diretriz que objetiva a maximização dos direitos fundamentais, como visto anteriormente. Entretanto, não se exclui a necessidade de análise do caso concreto e dos direitos fundamentais nele envolvidos, tendo em vista que nem todos os direitos fundamentais podem ser imediatamente aplicáveis devido ao seu grau de normatividade.¹³⁸ Vale ressaltar, contudo, que a recusa da aplicação de algum direito fundamental que tenha como base a sua insuficiência normativa, deve ser devidamente

¹³⁵ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direito fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 304.

¹³⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direito fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 307.

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 278.

fundamentada. Em consonância com o acatado, transcreve-se abaixo um trecho de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora. Poderá afirmar-se, portanto, que – no âmbito de uma força jurídica reforçada ao nível da Constituição – os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo – isto é, pela sua especial relevância na Constituição – já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais (e a estes poderíamos acrescentar os princípios fundamentais) governam a ordem constitucional.¹³⁹

No mesmo sentido, tem-se o entendimento de José Afonso da Silva segundo o qual pelo artigo 5º, § 1º da Constituição da República, as normas de direitos fundamentais serão aplicáveis dentro do possível, além de caber ao Judiciário aplicá-las também de acordo com a possibilidade das instituições assecuratórias¹⁴⁰.

Além disso, cumpre destacar a seguinte passagem:

Em outras palavras, o parágrafo 1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia "limitada" ou "diferida". Todas as normas da Constituição que não relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata.¹⁴¹

É necessário destacar que essa eficácia imediata não ocorre nas hipóteses dos direitos sociais e dos direitos difusos, já que essas "espécies" dependem de legislação regulamentadora. Logo, as normas que definem de forma insuficiente um direito não são

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 280.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 161.

¹⁴¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

imediatamente aplicáveis, não porque isso não seja desejável, mas porque é impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência, bem como as formas de seu exercício.¹⁴²

Ainda assim, não é correto o entendimento segundo o qual essas normas não seriam de aplicabilidade plena, imediata e irrestrita; tais normas possuem sim aplicabilidade imediata que se configura não só pela obrigação de o legislador cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação, mas também pela obrigação imposta aos tribunais de respeitar as normas em análise e, se necessário, suprir a regulamentação insuficiente mediante o controle de constitucionalidade.¹⁴³

Por fim, faz-se necessária a leitura do trecho transcrito:

Os direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais, podem ser concretizados racionalmente e de acordo com as normas do Estado Social e Democrático de Direito. Eles compreendem normas de mais alto escalão normativo e estão conectados sistematicamente e em termos de conteúdo. Em toda a hermenêutica dos direitos fundamentais, deve-se levar em conta a força normativa desses direitos.

Lança-se a seguinte assertiva: a Constituição é o lócus hermenêutico de todas as normas de direitos fundamentais em todas as suas dimensões, com a aplicabilidade direta e imediata dessas normas.¹⁴⁴

5. VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Forçoso reconhecer que não basta discorrer sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais sem analisar até que ponto o Poder Público e os particulares estão a elas vinculados. No presente ponto, portanto, será abordada a vinculação do Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a chamada eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais – que é, resumidamente, a aplicação desses direitos no âmbito das relações particulares – e seus potenciais desdobramentos.

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 96.

¹⁴³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 97.

¹⁴⁴ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Hermenêutica e concretização constitucional para a eficácia das normas de direitos fundamentais. **Direito Público**. Porto Alegre: ano VIII, n° 38, p. 7-26, mar-abr, 2011. p. 25.

5.1. Vinculação do Poder Público às normas de direitos fundamentais

É seguro afirmar que a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais independe de norma expressamente positivada na Constituição da República.¹⁴⁵ O parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição funciona como meio de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais ao atribuir-lhes aplicabilidade imediata.

Ante o exposto, entende-se que essa eficácia vinculante abrange não só os órgãos públicos em si, mas também as funções por eles exercidas, possuindo, portanto, dupla significação. Nesse sentido, vale o destaque para a seguinte passagem de Ingo Wolfgang Sarlet:

Neste sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são.¹⁴⁶

5.1.1 Poder Legislativo

O artigo 37 da Constituição determina que a Administração Pública, direta e indireta, deve obedecer os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O princípio da legalidade, ao determinar que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, acaba por subordinar, portanto, tanto a Administração quanto os administrados à legislação.

No entanto, no que diz respeito à atuação do Poder Legislativo, argumenta-se que estaria ele diretamente ligado aos preceitos e valores dos direitos fundamentais. Afinal, tais direitos são previstos constitucionalmente e outro princípio de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro é justamente o princípio da constitucionalidade, segundo o qual deve-se não só preferir a norma ou interpretação que esteja de acordo com a Carta Magna, mas também deve-se agir sempre conforme os ditames nela definidos.

¹⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 383.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 384.

Ademais, insta revelar que a própria norma trazida no texto do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, já citado, limita a possibilidade de intervenção restritiva do legislador no que tange à proteção dos direitos fundamentais.¹⁴⁷ Além disso, essa vinculação fica ainda mais clara a partir da leitura do artigo 60, § 4º, IV, também da Constituição da República, ao passo que esse dispositivo veda expressamente a edição de emendas constitucionais que objetivem a abolição dos direitos e garantias individuais.

Por fim, resta claro que a vinculação ora analisada possui uma dupla dimensão, conforme defende Gomes Canotilho. A dimensão proibitiva veda a edição de normas que sejam contrárias aos direitos fundamentais, enquanto a dimensão positiva diz que o legislador deve conformar-se nas normas desses direitos, além de dever realizá-las.¹⁴⁸

5.1.2 Poder Executivo

Ainda sobre a vinculação do Poder Público às normas e princípios de direitos fundamentais, vale a análise de como isso ocorre no âmbito do Executivo, já que é ele quem pratica os atos de administração, de chefia de Estado e de chefia de governo¹⁴⁹, agindo sempre conforme o interesse público. Nesse sentido, é inegável a necessidade de atenção às normas de direitos fundamentais quando da prática de seus atos e atribuições, sob pena de invalidação judicial daqueles que forem contrários às disposições constitucionais.

Nesse momento inicial da análise, importa dizer que o parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna, ainda que não expressamente, traz reforço à eficácia vinculante, o que significa que os direitos fundamentais não só alcançam e vinculam pessoas jurídicas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado com atribuições de natureza pública e as pessoas jurídicas de direito público quando atuantes na esfera privada.¹⁵⁰

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 385.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 385. Neste sentido também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 2002. p. 581.

¹⁴⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 701.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 386.

Tendo como base a função maior do Executivo – qual seja: governar o povo e administrar os interesses públicos –, e o fato de que por vezes enfrentamos conflitos de normas no ordenamento jurídico brasileiro, é de se questionar a possibilidade de os órgãos administrativos realizarem um controle de constitucionalidade ao se depararem com uma norma contrária aos direitos fundamentais. Ingo Sarlet, em seu livro sobre a eficácia dos direitos fundamentais, fez a seguinte ponderação:

De qualquer modo, é possível constatar certo consenso no que tange à impossibilidade de os órgãos administrativos (que não constituem órgãos precipuamente competentes para esta finalidade), em princípio, exercerem um controle de constitucionalidade dos atos legislativos, mesmo em caso de afronta aos direitos fundamentais, já que aos agentes públicos sempre resta o recurso aos órgãos hierarquicamente superiores, demonstrando-lhes as consequências resultantes de uma aplicação da lei inconstitucional, permanecendo, contudo, vinculados às leis e, se for o caso, às ordens concretas de seus superiores até que sobrevenha decisão judicial a respeito do caso. Todavia, também parece existir um consenso no que tange à possibilidade excepcional do exercício de um controle pelos órgãos administrativos, já que estes – como ressalta Vieira de Andrade – não se encontram cingidos a uma obediência cega à lei, no âmbito do que viria a significar uma presunção absoluta de constitucionalidade dos atos legislativos.¹⁵¹

Ante o exposto, entendendo que o Poder Executivo é dotado de certa liberdade em suas ações e seguindo o raciocínio traçado por Canotilho e Ingo W. Sarlet, conclui-se que os órgãos administrativos podem recusar-se a aplicar normas notadamente contrárias aos direitos fundamentais. Entretanto, essa recusa não pode ocorrer de maneira discricionária, somente sendo aceita quando o núcleo essencial dos direitos fundamentais for violado ou quando a aplicação da norma contrária implicar a prática de algum crime.¹⁵²

5.1.3 Poder Judiciário

No âmbito do Poder Judiciário, a vinculação aos direitos fundamentais engloba, assim como nos demais poderes, tanto os órgãos em si quanto os atos por eles praticados. Além disso, é possível enxergar aqui também um duplo significado nessa filiação, já que ela se manifesta no conteúdo dos atos – ao passo que os direitos fundamentais devem nortear a

¹⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 388.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 2002. p. 584.

tomada de decisões – e na constitucionalização da organização dos tribunais e dos seus procedimentos.¹⁵³

Tendo em vista que a esse poder é atribuída a função de realizar o controle de constitucionalidade mediante as diversas ações previstas na legislação pátria – como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, é correto concluir que o Judiciário tem não só o poder, mas o dever de não aplicar normas que vão de encontro aos preceitos dos direitos fundamentais.¹⁵⁴

Considerando o disposto acima como a dimensão negativa da vinculação, é possível enxergar também uma dimensão positiva. Ao passo que a resolução de conflitos deve ter como base primeira as disposições constitucionais sobre os direitos e garantias fundamentais, também é atribuído ao Judiciário, portanto, o dever de maximizar a eficácia desses direitos, inclusive preenchendo as lacunas deixadas pelo legislador nas normas de eficácia limitada.¹⁵⁵

O próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, já se manifestou sobre essa possibilidade de preenchimento, afirmando que ao decretar a inconstitucionalidade de alguma norma, o magistrado estaria não só rejeitando-a, mas também instalando nova norma a ser seguida. Essa prática é possível mediante o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No entanto, essa posição ativa do Judiciário não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela separação dos poderes.¹⁵⁶

5.2. A eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais

A origem da teoria da eficácia horizontal tem como marco o “Caso Lüth”, que foi julgado no Tribunal Constitucional Alemão em 1958. Por ter sido a primeira vez em que os

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 389-390.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 390.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 390.

¹⁵⁶ MANDEL, Gabriel. Ativismo jurídico. Juiz deve fechar brechas deixadas pelo Legislativo, diz Teori. **Consultor Jurídico**, mar, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/teori-zavascki-cabe-juiz-fechar-brechas-deixadas-legislativo>>. Acesso em: 17 set. 2016.

direitos fundamentais foram aplicados em uma relação entre particulares, resta clara a importância do mesmo e a necessidade de serem tecidos alguns comentários a seu respeito.

A história ocorreu no contexto da Alemanha pós-guerra. O produtor de cinema Veit Harlan – que, à época do auge do nazismo, foi o principal propagador das idéias nazistas e anti-semitas – produziu, nos anos 50, um filme romântico. Ainda que o filme nada tivesse a ver com o nazismo ou propagasse o ódio, judeus influentes na mídia o boicotaram, resultando no fracasso do filme. À frente do boicote estava Eric Lüth, judeu e presidente do Clube de Imprensa, que chegou a escrever um manifesto falando para os alemães não assistirem ao filme.

O caso se desenrolou, então, quando Harlan e os demais empresários envolvidos na produção do filme ingressaram com ação judicial em face de Lüth, argumentando que ele violou o Código Civil Alemão, já que causou prejuízos e, por isso, deveria reparar os danos. Harlan e os demais empresários tiveram sua tese aceita em todas as instâncias ordinárias. Eric Lüth, contudo, recorreu à Corte Constitucional Alemã, por acreditar que suas ações estavam acobertadas pela garantia da liberdade de expressão, prevista na Lei Fundamental.

A Corte, por sua vez – após ponderar o caso e julgar a favor de Lüth –, extraiu do caso institutos de suma importância para o estudo dos direitos fundamentais, quais sejam: dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eficácia horizontal e necessidade de ponderação quando da colisão de direitos.

Nesse contexto, o caso Lüth se mostra como o marco que revolucionou não só o direito constitucional, mas todo o direito. Afinal, a partir dele restou reconhecido que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente são aplicáveis a todas as áreas do direito, possuindo, portanto, efeito irradiante e fazendo com que as normas ordinárias sejam interpretadas conforme os preceitos de Carta Magna de cada Estado.¹⁵⁷

Após a exposição de fatos do Caso Lüth parte-se para o efetivo estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tal discussão ganha maior relevância, já que, no Estado Social de Direito, não é apenas o Estado que tem ampliado e diversificado suas atividades, o mesmo tem acontecido com os indivíduos, que participam cada vez mais do exercício do

¹⁵⁷ LIMA, George Marmelstein. 50 anos do caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **Direitos fundamentais**, jun, 2008. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

poder. Nesse contexto, é “natural” que haja desigualdade também nas relações que envolvam apenas particulares, já que, havendo exercício de poder, uma parte sempre acaba ficando mais vulnerável em relação à outra.¹⁵⁸ No entanto, para que seja aplicável a teoria do efeito horizontal, não basta uma desigualdade geral e de cunho material, sendo necessária uma desigualdade de posições dentro da relação jurídica, que deve ser avaliada e comprovada em cada caso concreto.¹⁵⁹

Dessa forma, ao passo que o Estado deve não só respeitar os direitos fundamentais, mas também promover e maximizar seus efeitos, vale o destaque para o seguinte trecho de Ingo W. Sarlet:

Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra os atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Nesta perspectiva, como bem nos recorda Cláudia Lima Marques, estão certos os que consideram a Constituição – com destaque para os princípios e direitos fundamentais na sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva, poderíamos acrescentar – o marco para a reconstrução do direito privado mais social e preocupado com os atores sociais mais vulneráveis, de tal sorte que a Constituição atua simultaneamente como garantia e limite do direito privado.¹⁶⁰

Nessa mesma linha, Daniel Sarmento, em livro sobre o tema, argumenta que o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra no centro da ordem jurídica pátria. Entretanto, o próprio autor entende que a autonomia privada deve ser valorizada – visto que é claro direito ligado à liberdade individual –, mas deve ser temperada com as “preocupações sociais”. Dessa forma, não há que se falar em primazia do público sobre o privado ou vice-versa. Nesses casos, havendo colisão entre direitos individuais e coletivos, o mais interessante

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 395.

¹⁵⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 396.

seria realizar um juízo de ponderação, que visasse a máxima preservação de ambos, utilizando o princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz para a resolução do conflito.¹⁶¹

Vale dizer, portanto, que o dever de proteção da dignidade da pessoa humana também é tarefa do direito privado. No entanto, essa proteção não pode limitar-se à abstenção de práticas que contrariem tal princípio, sendo necessário, além disso, a leitura dos institutos do direito privado à luz dos direitos fundamentais, bem como a sua imediata aplicação às relações entre particulares.¹⁶²

Ante o exposto, faz-se necessário analisar a controvérsia sobre a maneira como ocorre a vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais. As duas correntes de maior destaque surgiram na Alemanha e foram criadas por Durig e Hans Carl Nepperdey.

O primeiro autor defende que a eficácia seria mediata/ indireta. Essa corrente pode ser lida como uma posição intermediária entre aqueles que negam a possibilidade da eficácia horizontal e aqueles que advogam a favor da eficácia imediata/ direta. Os defensores da eficácia mediata/ indireta entendem que os direitos fundamentais somente poderiam ser usados nas relações privadas após um processo de transmutação para que, então, pudessem ser recepcionados pelo direito privado.¹⁶³ Na visão dos partidários de Durig, admitir a eficácia imediata acabaria com a autonomia da vontade, reduzindo o direito privado a mera concretização da Constituição.¹⁶⁴ Sobre essa corrente, diz-se:

Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Ao Judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 94.

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 94.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 397.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 200.

inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos [...].¹⁶⁵

As críticas a esse posicionamento seguiram três linhas: a primeira diz que essa prática poderia gerar insegurança jurídica pela falta de atenção ao princípio da legalidade; a segunda entende que não haveria tutela integral dos direitos fundamentais, já que a sua efetivação no plano privado dependeria do legislador ordinário; e a terceira argumenta que, pela superficialidade da teoria, ela seria apenas uma releitura do princípio da interpretação conforme a Constituição.¹⁶⁶

A segunda teoria, por sua vez, elaborada por Hans Carl Nepperdey, diz que a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas é imediata/ direta. Essa vertente defende que tais direitos trazem normas válidas para todo o ordenamento jurídico, já que são previstos constitucionalmente e a Carta Magna possui, por sua vez, força normativa, prevalecendo, portanto, sobre as normas infraconstitucionais. Adequado seria dizer, portanto, que não faria sentido e nem mesmo seria lícito o desrespeito aos direitos centrais desse estudo na esfera do direito privado.¹⁶⁷ Além disso, argumentam que a necessidade de uma vinculação imediata se justifica pelo fato de outras forças, além do Estado, representarem possibilidade de lesão.¹⁶⁸

A partir da apresentação dos argumentos de cada corrente doutrinária, Daniel Sarmento entende que, no direito brasileiro, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é imediata/ direta. Tal conclusão é feita a partir da análise do seguinte trecho:

Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram,

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 200.

¹⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 204.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 397.

¹⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108.

historicamente para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares.¹⁶⁹

Tal entendimento, contudo, não é compartilhado por Dimoulis e Martins. Tais autores defendem que, apesar de as normas constitucionais serem diretamente aplicáveis, as relações privadas só ficam a elas subordinadas a partir de uma atuação estatal. Ou seja, entende-se que somente o Estado-juiz está diretamente vinculado, enquanto os particulares estão diretamente vinculados ao direito infraconstitucional.¹⁷⁰ Para corroborar a referida tese, traz-se a passagem abaixo transcrita:

Em resumo, no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o Estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um "efeito de irradiação" na interpretação da legislação comum, principalmente de cláusulas gerais.¹⁷¹

Há, ainda, quem perfilhe a tese de que, independente da teoria adotada, existem direitos fundamentais a serem respeitados nas relações horizontais, como pode ser visto na seguinte passagem:

Destarte, dentro dos parâmetros dos direitos fundamentais nas relações privadas, podemos dizer que existem, entre os cidadãos, direitos fundamentais independentemente da teoria adotada – imediata ou mediata – e, por esta razão, alguns estudiosos acreditam que o direito privado e as normas constitucionais não se devam distanciar, mas serem alinhados como parte de um processo contínuo, para que quando seja aplicada uma norma de direito privado, ao mesmo tempo esteja sendo respeitada a norma constitucional. Deste modo, a eficácia vertical/ horizontal dos direitos fundamentais deve estar consubstanciada na convergência com o direito privado. E vice-versa.¹⁷²

¹⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 237.

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

¹⁷¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

¹⁷² SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de Sousa. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: vol. 75, ano 19, 157-186, abr.-jun., 2011.

Além disso, a própria realidade sócio-econômica brasileira, marcada pela desigualdade, torna necessário o reforço da incidência dos direitos fundamentais.

Não obstante seja a teoria da eficácia imediata a mais aceita, não se pode negar que existe a indispensabilidade de limitação da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas. Afinal, tais relações não são idênticas às estabelecidas entre indivíduos e Estado, além do fato de que os particulares são dotados de autonomia, prevista constitucionalmente. Ademais, levando em consideração que a grande maioria dos casos de colisão entre direitos fundamentais e institutos do direito privado é levada para o Judiciário, a necessidade de limitação supracitada se explica também pela imprescindibilidade da segurança jurídica.¹⁷³

Tendo em vista essa necessidade de restrição, tem-se como fator a ser considerado a desigualdade fática entre as partes, já que, havendo uma parte mais fraca, sua autonomia restará prejudicada pela atuação e vontade da parte mais forte, sendo, então, de extrema importância o reforço dos direitos fundamentais. Dessa forma, quando a relação não for paritária haverá uma relativização da autonomia em prol da proteção dos direitos fundamentais, foco do presente estudo. Para melhor explicar o exposto acima, segue uma passagem de Daniel Sarmiento, em livro sobre o tema:

Por outro lado, um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais é a proteção da pessoa humana contra o poder. Por isso, como já destacado antes, uma das razões para a extensão destes direitos às relações entre particulares é exatamente a constatação empírica de que, na sociedade contemporânea, existem inúmeros outros pólos de poder além do Estado, que podem oprimir o indivíduo. Daí porque parece amplamente justificada uma incidência mais enérgica dos direitos fundamentais sobre agentes privados mais poderosos, ainda que ao preço de aceitar-se uma certa relativização do princípio da autonomia privada nas relações assimétricas de que participam.¹⁷⁴

Nas relações paritárias, por sua vez, entende-se que os direitos fundamentais somente são aplicáveis quando estiverem em risco a dignidade da pessoa humana ou até mesmo a intimidade pessoal. Além disso, a proteção à autonomia privada deve ser feita de maneira mais contundente quando analisada à luz dos direitos fundamentais – justamente porque não

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 259 e 261.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 264.

há que se falar em parte mais forte ou mais fraca – sob o risco de não haver uma concreta e proporcional tutela à dignidade da pessoa humana.¹⁷⁵

Em consonância com o acatado está o posicionamento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Os autores também perfilham a tese de que além de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares. No entanto, há uma peculiaridade no posicionamento de tais autores que merece destaque: entendem que os direitos fundamentais não vinculam diretamente os particulares; o respeito recíproco dos direitos de cada um é garantido pela legislação ordinária.¹⁷⁶

Em suma, resta claro que é indispensável a vinculação aos direitos fundamentais também nas relações entre particulares, sobretudo em uma sociedade desigual.¹⁷⁷ Nesse contexto, convém repetir que as normas infraconstitucionais que versam sobre direito privado não podem ir contra as regras de direitos fundamentais, devendo ser feita uma interpretação daquelas à luz destas, atentando sempre para as peculiaridades existentes no caso concreto e entre as normas conflitantes, de modo que nenhuma delas seja sacrificada em detrimento da outra.¹⁷⁸ Ademais, a importância da eficácia horizontal ora estudada reside no fato de que a ampliação dos direitos fundamentais, a partir da admissão dessa eficácia, contribui para a sua efetividade.¹⁷⁹

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito o estudo das normas constitucionais de direitos fundamentais, previstas não só no artigo 5º da Carta Magna, mas também ao longo de todo o seu texto, e a sua eficácia.

¹⁷⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 266.

¹⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102.

¹⁷⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 185.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 399 e 401.

¹⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 114.

Nesse contexto, buscou-se apresentar as diversas correntes doutrinárias sobre os assuntos relacionados ao tema, como a classificação das normas constitucionais, os conceitos de eficácia e aplicabilidade, o histórico dos direitos fundamentais e a conceituação dos mesmos, o alcance e o sentido da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição e, por fim, a vinculação do Poder Público e dos particulares aos direitos em foco.

Tendo em vista as classificações das normas constitucionais, entende-se que as correntes mais clássicas não foram suficientes, já que não é possível a existência de normas ineficazes e sem imperatividade.

Nesse sentido, diversas outras classificações surgiram e o que foi capaz de se compreender de tal estudo é que as propostas não se excluem e que não há, em verdade, norma constitucional destituída de eficácia, sendo todas elas plenamente aplicáveis de acordo com a sua densidade normativa.

Em relação aos conceitos de eficácia e aplicabilidade, viu-se que eles já foram e ainda são alvo de estudo por importantes autores. No presente trabalho, foram apresentadas algumas das teses mais importantes na atualidade, cuja análise teve como conclusão o entendimento pela existência da eficácia jurídica como pressuposto da eficácia social, já que aquela configura a possibilidade de produção de efeitos e essa a efetiva fruição dos mesmos.

Sobre os direitos fundamentais propriamente ditos, viu-se que por mais que seja possível encontrar precedentes desde a Idade Média, sua positivação é relativamente recente na história, tanto que o principal desafio das declarações contemporâneas foi justamente assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, passou-se para o estudo do artigo 5º, § 1º da Constituição da República de 1988 que é, na nossa Carta Magna, o dispositivo responsável pela positivação da eficácia dos direitos fundamentais.

Algumas correntes sobre o sentido da norma foram apresentadas, concluindo-se, ao fim, que o artigo 5º, § 1º é norma que maximiza a eficácia dos direitos fundamentais, atribuindo aos três Poderes a tarefa de dar as condições necessárias para que eles se concretizem.

Foi dito, ainda, que a análise do caso concreto deve ser feita, ao passo que nem todos os direitos fundamentais podem ser imediatamente aplicáveis, dependendo de seu grau de

normatividade. No entanto, quando da recusa da aplicação por esse motivo, há de ter a devida fundamentação.

Além disso, foi possível concluir que até mesmo os direitos sociais e difusos são de aplicabilidade imediata, ao passo que obrigam o legislador a cumprir imediatamente seus deveres de regulamentação, bem como impõem aos tribunais a obrigação de respeitá-los e, se necessário, suprir a regulamentação deficiente mediante o controle de constitucionalidade.

Sobre a vinculação do Poder Público foi visto que ela ocorre não só em relação aos órgãos públicos em si, mas também em relação às funções por eles exercidas.

O Legislativo não só não pode editar normas contrárias aos direitos fundamentais, como também não deve com eles conformar-se. O Executivo pode recusar-se a aplicar normas notadamente contrárias aos direitos fundamentais, desde que esteja sendo violado o seu conteúdo essencial ou se a sua aplicação implicar em prática de crime. O Judiciário, por sua vez, tem não só o poder, mas o dever de não aplicar normas que ferem os direitos fundamentais.

Por fim, falou-se sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja análise das teses doutrinárias resultou no entendimento de que, em uma sociedade desigual, a vinculação aos direitos fundamentais nas relações entre particulares é indispensável, devendo as normas de direito privado ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, de maneira que contribua para a efetividade dos mesmos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo civil e interesses difusos e coletivos.** Questões resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade.** Para uma teoria geral da política. 8 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

_____. **O positivismo jurídico.** São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 7 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o Supremo.** 4 ed. Brasília: Secretaria de documentação, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à constituição do Brasil.** São Paulo: Editora Saraiva/ Almeida, 2013.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Hermenêutica e concretização constitucional para a eficácia das normas de direitos fundamentais. **Direito Público.** Porto Alegre: ano VIII, nº 38, p. 7-26, mar-abr, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LIMA, George Marmelstein. 50 anos do caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. **Direitos fundamentais**, jun, 2008. Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

MANDEL, Gabriel. Ativismo jurídico. Juiz deve fechar brechas deixadas pelo Legislativo, diz Teori. **Consultor Jurídico**, mar, 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-14/teori-zavascki-cabe-juiz-fechar-brechas-deixadas-legislativo>>. Acesso em: 17 set. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014.

PILATTI, Adriano. **A constituinte de 1987 – 1988**. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

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

_____. A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: n. 38, p.75-88, jul. 1992.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**. Do sistema geracional ao sistema unitário. Uma proposta de compreensão. 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOROMENHO-PIRES, Antonio Carlos de Sousa. Intimidade, personalidade e a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: vol. 75, ano 19, 157-186, abr.-jun., 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direito fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VARELA, Alfredo. **Direito constitucional brasileiro.** Reforma das instituições nacionais. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1998.