

## INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Joel VIEIRA BERÇOCANO<sup>1</sup>  
Glaucio Roberto MARQUES MOREIRA<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo incrementar os conhecimentos básicos do leitor acerca do tema direitos fundamentais, tema que é muito extenso e complexo. Tendo em vista tamanha amplitude desse ramo do direito que afeta a todos os demais ramos do direito esse artigo devido a sua linguagem fácil e por abordar os principais aspectos desse tema de forma simples serve de base para que se iniciem estudos mais aprofundados na área, estando o pesquisador bem alicerçado já nos principais pontos da futura pesquisa.

**PALAVRAS CHAVE:** Direitos. Fundamentais. Interpretação. Garantias. Aplicação.

### 1 INTRODUÇÃO

Dentre os vários temas englobados pelo ramo do Direito Constitucional é indiscutível a importância do tema direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são o núcleo da Constituição Federal brasileira, de uma forma ou de outra esses reverberam em todos os outros pontos da Constituição, e conseqüentemente vinculam em maior ou menor grau todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

Por essa razão é imprescindível que o jurista independentemente da seara que atuar tem de conhecer ainda que superficialmente os direitos fundamentais e os institutos a esse correlatos, como é o caso das cláusulas pétreas que nada mais são do que limites impostos ao legislador decorrente e infraconstitucional no momento em que este exerce seu papel máximo conferido pela Constituição qual seja legislar, e assim representar o povo, o que também é um direito fundamental.

Portanto até mesmo para saber se uma norma é considerada imodificável (cláusula pétrea) é necessário saber se esta é ou não direito fundamental. E para saber até que ponto vão os efeitos de uma determinada norma

<sup>1</sup> Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail@joel.bercocano1425@gmail.com

<sup>1</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pelas Faculdades..ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP) e-mail@glaucomarques@toledoprudente.edu.br Orientador do trabalho

que trata de direito fundamental é necessário saber qual é a extensão da sua<sup>1</sup>  
<sup>2</sup>aplicação conferida pela Constituição Federal. Ou seja, antes de começar um estudo aprofundado sobre o tema, faz-se imprescindível o estudo sobre a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS**

É comum confundir os direitos fundamentais com os direitos humanos, é certo que aqueles derivam destes, e são muito semelhantes, sendo a maior diferença entre ambos a positivação. Por isso não é errado dizer que o direito fundamental derivou do direito humano, e que os direitos fundamentais em ultima análise são os direitos humanos positivados, ou seja, todo direito fundamental é direito humano mas o inverso não é veredicto. Há autores renomados que definem os direitos fundamentais como (SILVA, 2011 p. 176): "São direitos positivos, que encontram seu fundamento e conteúdo nas relações sociais materiais em cada momento histórico."

Característica dos direitos humanos e conseqüentemente os fundamentais é que eles foram constituídos no decorrer do tempo, passando por vários momentos, foram direitos conquistados. Muitos atribuem à Carta Magna, documento escrito em 1215 na Inglaterra, como o primeiro instrumento escrito a conter os primeiros direitos fundamentais positivados, depois dela muitos foram os documentos que positivaram e asseguraram os direitos fundamentais.

É possível dizer que os direitos fundamentais surgiram junto com a Carta Magna que foi o primeiro instrumento a garanti-los expressamente. Contudo, o mesmo não vale para os direitos humanos, os quais não necessitam de positivação para existir, por essa razão há quem defenda acertadamente que estes antecederam à referida Carta. Os direitos humanos como o próprio nome aduz são inerentes à natureza humana dos homens enquanto espécie, os romanos por exemplo já asseguravam o direito a propriedade, e o direito a liberdade religiosa desde que essa não obstaculizasse a execução dos interesses do governo, acredito

---

que a partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade os direitos humanos surgiram, pois estes em ultima análise representam uma falta de liberdade, ou, como Rosseau dizia, a liberdade civil, ou seja, tais direitos impõe limites a conduta das pessoas a fim de que elas não ofendam os direitos humanos umas das outras.

Elencam-se como características dos direitos fundamentais as seguintes: historicidade; inalienabilidade; imprescritibilidade e irrenunciabilidade. São históricos porque foram conquistados e positivados pelo decorrer do tempo e das mudanças sociais; inalienáveis pois são inerentes à pessoa humana, sendo impossível transferi-los ou negociá-los; imprescritíveis pois nunca deixam de ser exigíveis; são irrenunciáveis porque ninguém pode renunciar a um direito fundamental, haja vista acompanharem a pessoa por toda a vida.

Afim de sanar quaisquer possíveis dúvidas quanto à diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, é valido citar os ensinamentos de Canotilho (2002 p. 393): maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jus naturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico- Noberto Bobbio na sua obra "A era dos direitos" estabelece interessante teoria que mostra a evolução dos direitos humanos e sua relação com os movimentos sociais e momentos importantes pelos quais a humanidade passou. O escritor elencou três gerações de direitos. Sob a influência de Bobbio, Pedro Lenza (2013 p. 1028) resume as gerações ou dimensões de direito da seguinte forma:

institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporariamente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes as expressões "direitos do homem" e "direitos fundamentais" são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte es numa ordem jurídica concreta.

Seguindo a traça do mestre lusitano supracitado, os direitos humanos são gênero do qual direitos fundamentais são espécies, o quais são limitados pelo tempo e espaço, sendo assegurados ou não conforme a vontade do ordenamento jurídico vigente no local.

### **3 DIMENSÕES DE DIREITOS**

Os direitos humanos de 1.<sup>a</sup> dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de direito e, o que significa que o Estado não seria utilizado apenas para satisfazer a vontade de seus governantes, que regulavam a vida dos seus súditos ao seu bel prazer, mudando constantemente as leis para atingirem aos seus objetivos muitas vezes supérfluos e desarrazoados. A figura do Estado muda de Estado do “Rei” para Estado de Direito, o qual deve respeito às leis.

Foi nessa geração que o Estado passou a ter suas primeiras limitações reguladas pela lei, dessa forma o Estado poderia fazer o que a lei permitisse, causando assim uma restrição prática a execução de sua vontade o que por sua vez protegeria o interesse popular. Essa geração foi impulsionada pelo crescimento da burguesia.

Já a segunda dimensão consiste em direitos sociais ou coletivos, e foi motivada principalmente pela Revolução Industrial europeia e fixados pela Primeira Grande Guerra Mundial. Nas palavras de Pedro Lenza ( 2013 p. 1029):

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal)

Os direitos de terceira dimensão não se prendem a uma única pessoa, e sim à toda a coletividade, os destinatários não são um grupo específico, ou uma pessoa, por isso não são direitos individuais, o destinatário desses é a própria humanidade, por essa razão acabam por receber proteção internacional, tal proteção é exercida por meio de órgãos como a ONU, e o Tribunal Penal Internacional. Lenza os explica da seguinte forma (LENZA, 2013 p. 1030):

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui dois cadentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade.

Os direitos da 3.<sup>a</sup> dimensão são os direitos transindividuais que transcendem os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Curioso que, como já falado, os direitos fundamentais evoluem com o tempo e com a sociedade, e para o surgimento dessa preocupação universal da humanidade a ponto de criar órgãos como a ONU foi necessário que o mundo definha-se em 2 guerras mundiais e fosse ameaçado por uma 3ª. Mas independente dos fatores responsáveis pela positivação desses direitos universais, o fato é que todos, particulares e Estados soberanos devem respeitá-los ou se sujeitar às sanções decorrentes da violação desses.

#### **4 CLASSIFICAÇÃO ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Kelsen que foi um dos pioneiros do positivismo estabeleceu uma hierarquia normativa na qual as normas inferiores retirariam sua validade da norma iminentemente superior a elas e assim por diante até se chegar à Constituição, que é a norma positivada que se encontra no topo da hierarquia e por essa razão seria essa a norma a dar validade a todo o ordenamento jurídico, sendo ela a base de validade de todo o ordenamento. Para Kelsen a Constituição retiraria sua validade normativa da norma hipotética fundamental a qual ele mesmo não foi capaz de esclarecer do que se trata, limitando-se a dizer que é uma norma não positivada e presumida.

Portanto toda norma que estiver em desacordo com a Constituição Federal será inconstitucional ou inválida a depender se foi promulgada antes ou depois de já vigorar a Constituição atual. Não se pode acoiar de inconstitucional toda norma que estiver em desacordo com a Constituição Federal isso porque o Brasil não aceita a teoria da inconstitucionalidade superveniente como será visto com mais propriedade adiante.

A questão é que toda norma que está alocada dentro da Constituição Federal será parte da mesma, formando dessa forma o que a doutrina chama de bloco de constitucionalidade, e serão dotadas pelo menos em teoria, da mesma rigidez constitucional não havendo distinção entre si. Ocorre que dentro de uma mesma Constituição existem diferentes classificações de normas, as quais tem como diferenciais sua eficácia e aplicabilidade. Feita essa observação, interessante

anotar as lições de José Afonso da Silva (2003 p 82- 83) que foi um dos primeiros a discernir as normas constitucionais tomando sua eficácia e aplicabilidade como parâmetro.

I - normas constitucionais de eficácia plena;

II - normas constitucionais de eficácia contida;

III - normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, iniciando direta e imediatamente e produzem (ou só podem produzir) todos os efeitos requeridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

O mesmo autor, resume as normas de eficácia plena as que (SILVA, 2003 p. 101):

a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incubam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Na definição do renomado autor muitos dos direitos contidos no art.5º da Constituição Federal qualificam-se como normas de eficácia plena, tomemos por exemplo os seguintes incisos do citado IV e XXII “ – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” e “ – é garantido o direito de propriedade;” respectivamente.

Todos os incisos citados são direitos fundamentais, o IV refere-se ao direito fundamental à livre manifestação do pensamento; enquanto o XXII protege o direito fundamental a propriedade, o que de certa forma demonstra que a Constituição Federal protege o sistema capitalista. Por isso conclui-se que os direitos fundamentais podem ser normas de eficácia plena e imediata, o que equivale dizer que a partir do momento que a constituição passou a vigor estes começaram a produzir seus respectivos efeitos.

Dentre as normas de eficácia contida também é possível observar a figura dos direitos fundamentais, porque essas segundo a definição de José Afonso

da Silva (2003 p 116) são normas que:

(...) o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Exemplo de direito fundamental assegurado por norma de eficácia contida é o art.5º XIII CF o qual contem a seguinte redação: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;" essa norma apesar de não ser pacífico esse entendimento, parte da doutrina a considera norma de eficácia contida porquanto outra parte a classifica de eficácia limitada.

Concordo com a primeira corrente doutrinária, pois a norma mencionada não necessitou ou necessita da interferência do poder constituinte decorrente, pois a partir do momento em que a Constituição Federal passou a vigorar esse direito já foi efetivamente garantido, a última parte do tal que diz: "nos termos que a lei estabelecer..." não quer dizer que antes de a lei ordinária se manifestar a respeito esse direito não era eficaz, e sim que essa a partir do momento em que passar a existir poderá regular esse direito, acrescentando-lhes regras para que as pessoas possam trabalhar na profissão almejada. Exemplo prático disso se encontra na profissão de advocacia a qual até a entrada em vigor do Estatuto da Advocacia e da OAB não exigia que os pleiteadores a carreira fizessem avaliação, que lhes permitissem o gozo da profissão, e depois de 1990 houve essa exigência, portanto a lei infraconstitucional não concebeu eficácia ao direito fundamental, apenas o regulou, o que revela que as normas de eficácia contida são normas de eficácia imediata admitindo serem contidas futuramente por leis infraconstitucionais.

Já quanto às normas de eficácia limitada, nas lições de José Afonso da Silva (2003 p. 82- 83) são aquelas que:

(...) são todas as que não produzem, com simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Geralmente essas normas podem ser identificadas por expressões como: "a lei disporá ou a lei regulará", diferem das demais espécies normativas demonstradas anteriormente pois esta não produz efeitos imediatos e plenos a partir

do momento de sua edição, produzindo apenas efeitos mediatos já que necessitará de lei infraconstitucional que a regule e a forneça eficácia plena. Porém é importante lembrar que mesmo não produzindo os mesmos efeitos de forma imediata assim como as normas de eficácia plena e imediata e as de eficácia contida, essa a partir do momento de sua publicação obriga o legislador infraconstitucional a regulá-la em tempo razoável, e no caso de o legislador não cumprir com essa função, os interessados terão no direito privado, inter partibus o direito de impetrar mandado de injunção para solucionar o caso concreto em que a omissão prejudicou uma das partes, e no âmbito público o respectivo é a ação de ADINO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão). Assim, se as normas de eficácia limitada não produzem efeitos imediatos com relação aos direitos que protege, compensa isso obrigando a ação positiva do legislador infraconstitucional, conduzindo-o coercitivamente a realizar os objetivos almejados pelo legislador constituinte originário.

Na gama dos direitos fundamentais destacam-se como direitos protegidos por normas de eficácia limitada os seguintes: “Art.5.º XLVI- a lei regulará a individualização de pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade;” e também na seara trabalhistas temos o art.7º também da Constituição Federal: “art.7.º X- proteção do salário do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;”.

No primeiro o que se tutela é justamente o princípio da dignidade humana, e o direito fundamental a razoabilidade da punição; já o segundo protege o direito fundamental a um trabalho digno, sendo este considerado um direito social ou de segunda geração enquanto o primeiro se trata de um direito individual, de liberdade estatal negativa haja vista impor limitações as punições que o Estado poderá atribuir ao cidadão sendo portanto um direito de primeira geração.

Propondo outra classificação normativa das normas constitucionais Barroso afirma existir três categorias de normas constitucionais quais sejam: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. O aludido autor ao tratar do tema explica cada uma dessa forma (BARROSO, 2010 p 201- 203):

As normas constitucionais de organização têm por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político. Elas se dirigem, na generalidade



dos casos, aos próprios Poderes do Estado e a seus agentes.

(...) As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado- ou de outro eventual destinatário da norma - prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.

(...) As normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas.

Diferentemente de José Afonso da Silva, Barroso usa critérios concernentes aos objetivos das normas e não à sua eficácia, ou a sua relação com as demais normas do ordenamento jurídico.

Uma última ressalva há de ser feita, as normas que tangem os direitos fundamentais em geral terão aplicação direta devido a importância que essas recebem. Pedro Lenza (2014 p. 1033-1034) quem explica melhor o tema:

(...) o termo "aplicação" não se confunde com "aplicabilidade", na teoria de José Afonso da Silva, que classifica as normas de eficácia plena e contida como tendo "aplicabilidade" direta e imediata, e as de eficácia limitada possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta.

(...) Assim, "por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta".

Outro motivo que justifica os chamados direitos sociais não terem aplicabilidade imediata se encontra no fato que esses em regra encerram uma prestação do Estado, ou seja, os obriga a fazer algo. Enquanto os direitos fundamentais individuais tem aplicação imediata pois em regra limitam o poder do Estado frente a cidadão, o que no mais das vezes cria uma obrigação de não fazer por parte do Estado.

## **5 PRINCIPIOS E REGRAS**

Para se interpretar os direitos fundamentais é de boa vênia que se saiba fazer diferenciação entre princípios, regras, e postulados. Por isso esse capítulo é destinado ao estudo destes institutos.

Luiz Roberto Barroso (2010 p. 195 -196) define norma da seguinte

forma:

Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade. Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma, regra de direito que dará a solução do caso concreto.

O enunciado normativo a que Barroso se refere é o texto normativo, ou seja, a letra da lei positivada pelo legislador.

Doutos mestres ensinam que os princípios tem por característica a abstração e a função de guiar o ordenamento jurídico (BARROSO, 2010 p. 342) "Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.". Inobstante a essa definição são as palavras de Fredie Didier Júnior: "Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido."

Já Humberto Ávila (2012 p, 78) expõe o tema da seguinte maneira:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja a realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

Por tanto na visão do respeitado tributarista brasileiro os princípios funcionam como guia, enquanto as regras são os instrumentos utilizados para que se alcancem os fins almejados por aqueles.

## **6 DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

A Constituição Federal no seu art.5º usa a terminologia direitos e deveres individuais e coletivos, sem contudo diferenciá-los expressamente, no entanto a doutrina resolve essa questão com muita tranquilidade e simplicidade diferenciando as duas categorias em (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011 p. 146):

- a) direitos individuais, assim entendidos como cláusulas constitucionais destinadas à limitação do Estado. Sua finalidade é atribuir ao indivíduo direitos de liberdade, fruíveis e reivindicáveis individualmente;
- b) direitos coletivos, entendidos como as transindividuais e indivisíveis de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato (difusos) ou grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (coletivo em sentido estrito), ou ainda os provenientes de origem comum (individuais homogêneos, tidos como formalmente coletivos). Pode-se entender que a expressão direitos coletivos alude ainda aos chamados direitos de exercício coletivo, a saber: os direitos de associação e reunião;

Acredito que os direitos fundamentais são o centro da Constituição, sendo que o restante gira em torno deles com o propósito de assegurá-los e efetivá-los, e como todo o ordenamento jurídico se organiza aos moldes da Constituição Federal não seria errado dizer que todo o ordenamento jurídico está vinculado às diretrizes impostas pelos direitos fundamentais. Até porque os direitos fundamentais são inerentes ao gênio humano e o povo que é o detentor expresso do poder em nosso Estado.

Como já mencionado os princípios são guias do ordenamento jurídico e das prestações tanto positivas quanto negativas do Estado. Os direitos fundamentais tem a mesma função, só que o fazem com menos atratividade que os princípios. Justamente por trabalharem como diretivas da vontade estatal tanto princípios quanto direitos fundamentais não são passíveis de ab-rogação. Por isso que acertadamente Gilmar Mendes (1999 p. 36) ensina que:

(...) a constituição de 1988 gravou esses direitos fundamentais com a cláusula de imutabilidade ou com a garantia de eternidade, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Outro argumento que justifica a teoria que os direitos fundamentais coletivos e individuais são as cláusulas pétreas se encontram na própria Constituição Federal “art.60 §4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.”.

Apesar de o constituinte não usar a expressão direitos e garantias coletivos entende-se por uma interpretação extensiva que estes também são petrificados. Essa interpretação se justifica pelo fato de que todo direito seja ele individual ou coletivo é fruível individualmente, e no caso dos coletivos também fruíveis coletivamente, ou seja, todo direito coletivo é fruível coletiva e

individualmente, sendo o inverso inverídico. Por exemplo o direito a greve é um direito coletivo, portanto fruível no âmbito da coletividade já que a greve necessita de mais de uma pessoa para ser considerada greve, no entanto emenda que abolisse o direito das pessoas em coletividade realizar greve também estaria abolindo o direito individual da pessoa de participar de greve.

## **7 DIREITOS SOCIAIS**

De forma bem sucinta Alexandre de Moraes (2002 p. 43) caracteriza os direitos sociais como:

(...) verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art.1º, IV.

Os direitos sociais tem por escopo dar eficiência ao princípio da isonomia material. Não se confunde com o socialismo, movimento que tem por objetivo acabar com as classes, e assim com a desigualdade. Os direitos sociais consistem em uma forma de preservação do capitalismo humanista, ou seja, a real efetivação dos direitos sociais não fere o capitalismo, apenas atenua as desigualdades oriundas e naturais deste.

Estão expressamente previsto no art.6.º CF que tem a seguinte redação:

são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Outra característica pertinente aos direitos sociais é que esse geralmente são normas de eficácia limitada, dependendo do legislador ordinário que os regule a fim de lhes garantir efetividade; e no casos destes direitos não basta a simples regulação por meio da lei, é necessário também investimentos estatais para efetivá-los. Por exemplo o art.200 da CF trata do sistema único de saúde, o artigo designa ao legislador infraconstitucional a função de legislar sobre o tema, mas não

fala sobre os investimentos monetários a ser efetuados, contudo se estes não ocorrerem de nada adiantará a perfeita regulação por lei infraconstitucional.

A primeira parte do art.196 CF demonstra com muita clareza os destinatários desses direitos: "A saúde é direito de todos e dever do Estado". Por isso não fere o capitalismo, já que quem tem o dever de fornecer os subsídios necessários para promover os direitos sociais, e todos podem fazer gozo deles, tanto o mais abastado até o mais humilde, o que também não fere a isonomia, haja vista que as pessoas mais privilegiadas financeiramente dificilmente recorrem aos direitos sociais garantidos pelo Estado tais quais a educação e saúde pública.

Portanto para sua total efetivação é necessário lei infraconstitucional que o regule e que o Estado forneça os meios necessários à sua execução, ensejando assim uma obrigação ao estado de fornecer prestações positivas.

## **8 DIREITOS E GARANTIAS**

O Título II da nossa Constituição Federal trata de "dos Direitos e Garantias Fundamentais" sem contudo estabelecer distinção expressa entre ambos, cabendo portanto à doutrina a tarefa de diferenciá-los. Talvez o constituinte não distinguiu direitos de garantias, por não ser possível dissociá-los; isso porque não basta que um determinado direito fundamental esteja previsto na Constituição Federal para que produza todos os efeitos esperados de sua positivação, é necessário portanto que algo assegure a eficácia desses direitos, sendo essa a função das garantias fundamentais. E por outro lado, é impossível existir garantia sem direito a ser tutelado, afinal essa acompanha o direito, a garantia é o meio pelo qual o direito recebe efetividade necessária.

Interessante que as garantias fundamentais assim como os direitos fundamentais que protegem são por vezes reguladas e revestidas de efetividade por leis infraconstitucionais. Por exemplo, o caput do artigo 5.º CF tem a seguinte redação:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Percebe-se que o direito à vida é assegurado pela Constituição, destaca-se a palavra "garantindo-se", contudo, da mesma forma que não basta um direito humano estar devidamente positivado tornando-se assim fundamental, é inútil apenas constar sentenças como "é garantido", "garantindo-se" ou "é assegurado" nos textos da Constituição Federal para que os direitos fundamentais protegidos por tais garantias sejam eficazes.

Para o direito ser eficaz é necessário que a garantia a ele relacionada também o seja, e para a total eficácia das garantias o Estado de Direito deve se comprometer a utilizá-las quando detectar que algum dos direitos fundamentais foi violado. Portanto no caso do direito à vida assegurado pelo caput do artigo 5.º CF a garantia apesar de formalmente prevista na Constituição só está materialmente garantida no artigo 121º do Código Penal, o qual prevê pena para aquele atenta contra a vida de outrem.

A doutrina diferencia direitos de garantias da seguinte forma (ARAÚJO;NUNES JÚNIOR, 2011 p. 142):

“Enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados.”

Portanto as garantias em si mesmas já podem ser vista como um direito fundamental, o direito de ter a certeza que os demais direitos fundamentais serão respeitados, pois mesmo que sejam atacados o cidadão terá como de alguma forma legítima defendê-lo e garanti-lo.

## **9 DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É importante dizer que os direitos fundamentais podem ter duas dimensões, dimensões essas que não se confundem com as eras dos direitos propostas por Bobbio e outros doutrinadores. Essas dimensões dizem respeito aos prismas objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais. Basicamente a dimensão objetiva diz respeito às normas de direitos fundamentais que controlam o Estado,

tais quais a distribuição de deputados por Estado, ou o tempo de mandato do Presidente da República. Enquanto a dimensão subjetiva diz respeito aos direitos que podem ser invocados pelo povo para se protegerem dos abusos do Estado ou de outros particulares que lhe atentarem aos respectivos direitos.

Canotilho (2002 p. 1240) ao escrever sobre o tema esclarece que:

1. Normas consagradoras de um direito subjectivo

Diz-se que uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seus destinatário, o "direito" a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto. O direito subjectivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito.

2. Normas consagradoras de um dever objectivo

Uma norma vincula um sujeito em termos objectivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

Assim, por exemplo, o art.63.º/22 da CRP, ao estabelecer que "incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado", cria um dever objectivo do Estado, mas não garante um direito subjectivo. Neste sentido se alude a normas de direitos fundamentais objectivas.

Na verdade mesmo que os direitos objetivos não tenham uma relação trilateral a observância ou não observância deles afeta direta ou indiretamente o todo. No exemplo dado por Canotilho se o Estado não cumprir com a obrigação a ele designada pela norma consagradora de um dever objetivo toda a população terá que arcar com a falta de segurança derivada da incompetência estatal.

## **10 APLICAÇÃO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Existem duas esferas de aplicação dos direitos fundamentais, quais sejam a aplicação vertical, na qual um das partes é o Estado de Direito e a outra o cidadão, e a aplicação horizontal em que ambas as partes são particulares. Não se discute a aplicação vertical dos direitos humanos, contudo a aplicação horizontal já foi questionada, pois alguns discordaram de ser certo fazer uso direto dos direitos fundamentais contidos na Constituição sem a intervenção do legislador ordinário, defendendo a aplicação horizontal o jurista Paulo Gustavo Gonet Branco (2010 p. 328) professora que:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art.5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Paulo Branco foi feliz em sua observação, no entanto há um ponto que o autor não toca em sua tese, qual seja a aplicação horizontal dos direitos fundamentais ocorre dentro dos litígios promovidos por particulares, ou seja, cidadão frente cidadão e não cidadão frente Estado de Direito. Nunca houve dúvidas de que os direitos fundamentais poderiam ser utilizados na relação cidadão- Estado de Direito, a qual é denominada aplicação vertical dos direitos fundamentais, isso porque nessa relação o cidadão é protegido por direitos enquanto o Estado não o é, sendo ao contrário submetido aos deveres fundamentais impostos pela Constituição Federal no resguardo dos direitos fundamentais pleiteados na ação do cidadão contra o Estado. O problema sempre foi a aplicação dos mesmos direitos nas relações e nas lides entre particulares.

Como já mencionado os direitos fundamentais tem função irradiante, sendo eles e os princípios o centro de todo o ordenamento jurídico. Por isso de forma geral os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal encontram na legislação infraconstitucional amparo e meios que lhes asseguram e melhoram a sua efetivação. Ou seja, a lei infraconstitucional especifica a modalidade de aplicação da Magna Carta, não podendo estar em desacordo com esta, e assim via de regra nos litígios o que se invoca é a lei infraconstitucional que apesar de ter o mesmo objetivo da Constituição é mais específica. Da constatação desse fato perquire-se se é possível invocar diretamente a Constituição na relação entre particulares.

A resposta a essa questão é positiva, é possível a utilização direta dos direitos fundamentais contidos na Constituição e com a redação que lá consta nas relações privadas. Entre os que defendem essa teoria encontra-se o doutrinador alemão Robert Alexy, (2002 p. 507) de seus escritos é interessante destacar dois trechos que falam a respeito do tema:



Esto muestra que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil.

E ainda que (ALEXY, 2002 p. 520):

(...) por razones iusfundamentales, en la relación ciudadano/ciudadano existen determinados derechos y no-derechos, libertades y no-libertades, competencias e no-competencias que, sin estas razones, no existirían. Si se define de esta manera el concepto de efecto inmediato en terceros, de la teoría de los efectos mediatos en terceros y de los efectos en terceros a través de la mediación del Estado, surge um efecto inmediato a terceros.

Na primeira citação o autor defende que não só é viável o uso dos direitos fundamentais na relação entre particulares como também é um meio muito usado na justiça civil. Já na segunda citação o escritor deixa claro qual é a dificuldade de fazer uso direto de tais direitos nas relações entre particulares. Ocorre que, são características dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal é a abstratividade o que torna ainda mais dificultosa a tarefa dos aplicadores do direito em utilizá-los de forma imediata quando esses se encontram em colisão com outros direitos da mesma natureza, haja vista a Constituição não estabelecer hierarquia entre eles, o que por conseguinte obrigará o aplicador a fazer uso da ponderação. Essa ponderação na relação cidadão vs Estado de Direito se baseia em averiguar se o direito foi ou não ferido ou se o cidadão tem ou não razão em exigi-lo e observar conforme o princípio da reserva do possível o que o Estado pode fazer para resolver o problema apresentado. Por isso a aplicação vertical se mostra muito mais simples do que a horizontal, pois na primeira apenas um dos polos da ação é detentor de direitos enquanto o outro é sempre o executor de deveres, enquanto na segunda ambos são detentores de direitos e deveres assim como Alexy demonstrou.

Na jurisprudência brasileira podemos observar que o STF e outros tribunais aceitam a aplicação horizontal dos direitos humanos, dentre os diversos casos pode-se citar o RE.201.819 - exclusão de membro de sociedade sem a possibilidade de sua defesa - violação do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (Gilmar Mendes). Nesse caso em seu voto Gilmar Mendes demonstra seu entendimento a respeito do tema:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das

relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Calha ressaltar que a Constituição Federal de 1998 é uma constituição extensa que não tratou apenas de normas de estruturação do Estado. Além dessas, o texto magno positivou direitos e obrigações que são naturais ao legislador ordinário. Exemplo disso é o art.7º XVI CF "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo em cinquenta por cento à do normal.", o qual tratou do mesmo tema que o art.59 §1ºCLT. "Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.". Ou seja, a CF/88 revogou uma norma da CLT, assim o legislador constitucional legislou sob matéria infraconstitucional de forma direta. Em casos dessa natureza, onde a Constituição perde seu caráter de norma geral ou de caráter programático estabelecendo regra que não necessita de posterior legislação regulando, ou seja, normas autoaplicáveis, apesar de se estar utilizando norma da CF esta teria para o caso concreto os mesmos aspectos de norma infraconstitucional.

## **11 EFICÁCIA HORIZONTAL E HARMONIZAÇÃO DE INTERESSES EM DISPUTA**

A Constituição Federal é a mais importante fonte de direitos do país, todos os ramos do direito a tem como sua principal fonte e todas as leis devem estar de acordo com essa. Contudo o uso do texto constitucional nos litígios entre particulares deve ser evitada, nesse sentido (BULOS, 2010 p. 528)

A aplicação, pelo Poder Judiciário, dos direitos e garantias fundamentais às relações privadas é algo complexo e delicado, porque pode gerar deturpações de toda espécie, invertendo a lógica, em vez de trazer benefícios.

Por isso recomenda-se ao julgador analisar os interesses em disputa com bom-senso, aplicando, na medida do possível, o princípio da razoabilidade.

Tal advertência se mostra válida na medida em que a Constituição Federal apesar de ter em muitos de seus dispositivos aplicabilidade imediata,

poucos desses dão todas as informações necessárias para que o juiz possa proferir uma sentença no caso concreto. Por exemplo o art.5º XXX - "é garantido o direito de herança"; esse dispositivo é claro, e tem aplicabilidade direta, ou seja, a partir do momento em que entrou em vigor a Constituição o direito a herança já estava positivado e garantido. Todavia se não houvesse lei infraconstitucional que disciplinasse o tema e o juiz só tivesse a Constituição Federal para guiá-lo ter-se-ia uma notória divergência jurisprudencial sobre como se aplicar o direito de herança, uma vez que a CF não esclarece quem são os herdeiros, se há preferência entre eles, como deve ser o inventário e tantas outras questões previstas no Código Civil.

## **12 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL CONDICIONADA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Como já comentado, os direitos e princípios fundamentais apresentados na Constituição Federal lhe servem guia, mostram caminhos e objetivos a serem perseguidos.

E uma vez que a Constituição está no cume da hierarquia normativa brasileira tem-se que nenhuma norma infraconstitucional pode afrontá-la sob pena de invalidade. Justamente por essa razão que as leis e Códigos posteriores a publicação da Constituição Federal trazem um caráter cada vez mais protetivo dos direitos fundamentais. Demonstrando um verdadeiro processo de constitucionalização das normas infraconstitucionais, em especial os novos códigos.

Não é errado dizer que os códigos posteriores à Carta Magna de 1988 são espelhados nesta, e são cada vez mais garantistas. Por isso a importância de saber interpretar os direitos fundamentais e saber a sua aplicação não só no âmbito constitucional, e sim em todas as áreas do Direito.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 15.ed. São Paulo: Verbatim, 2011

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13.ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva 2010

BULOS, Uadi Lammêgo. Cursos de direito constitucional. 5.ed., ref. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: volume 1 introdução ao direito processual civil, parte geral e proceso de conhecimento. 18. ed revista., ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM, 2016

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 17.ed., revista., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999

MENDES, Ferreira Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cursos de direito constitucional. 5. ed. revista. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts.1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4º.ed. São Paulo: Atlas, 2002

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010