

Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma questão principiológica

Adriano de Bortoli*

Em “A eficácia dos direitos fundamentais”, Ingo Wolfgang Sarlet aborda a problemática da eficácia dos direitos fundamentais de prestação, a partir do prisma da dogmática constitucional brasileira e “as diversas facetas da eficácia jurídica, como pré-condição da própria efetividade (ou eficácia social) dos direitos fundamentais”, com apoio na doutrina alemã e portuguesa (2003, p.25).

O problema específico do objeto do estudo compreende quatro aspectos: “a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica? b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos fundamentais a prestações? c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais? d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações o sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?” (SARLET, 2003, p.25).

* Mestre em Direito pela UFSC. Professor das Disciplinas de Direito Administrativo 1 e 2 e de Processo Administrativo e Direito Processual Constitucional no Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Graduação da Univali CES Biguaçu. Professor do Curso de Pós Graduação em Direito Administrativo Aplicado do CESUSC - disciplina de Princípios Diretivos do Direito Administrativo. Orientador de projetos de iniciação científica custeados com recursos provenientes do art. 170 da Constituição do Estado de Santa Catarina. Advogado publicista. E-mail: adriano de bortoli@aol.com

Dividido em duas partes, o livro aborda na primeira o sistema de direitos fundamentais na Constituição Federal e o conseqüente delineamento de uma teoria geral constitucionalmente adequada, na qual Sarlet realiza uma análise dos diversos significados e terminologias a respeito dos direitos fundamentais, conceituando-os como “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal” (2003, p.85).

A segunda parte é reservada para a análise da eficácia dos direitos fundamentais, na qual Sarlet defende o reconhecimento dos direitos fundamentais a prestação como autênticos direitos fundamentais, e por essa razão aplicáveis de imediato nos termos do art. 5º § 1º da CF, sendo que esses direitos sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, tendo como medida desta aptidão (que envolve uma relação direta com o grau da sua eficácia e aplicabilidade) a forma de sua positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. Diante da variedade de aspectos que o tema sugere ao pesquisador, Sarlet delimita como campo de sua análise os direitos a prestação em sentido estrito (direitos sociais prestacionais de cunho programático - positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem implementados pelo Estado ou como normas impositivas), com o intuito de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações fáticas (2003, p.288).

Com inspiração no posicionamento teórico de Robert Alexy, Sarlet defende que “a melhor exegese da norma contida no art. 5, § 1º da CF é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandato de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...)” de modo que “(...) o postulada da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá

do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.” (2003, p.258)

Assim, a partir da posição adotada é possível a defesa de uma “uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada”. Tal fundamentação e justificação estão circunscritas ao caso concreto e devem atender aos postulados de uma interpretação tópico-sistemática (SARLET, 2003, p.258-9).

Ainda assim, três questões cruciais devem ser enfrentadas no que diz com a obrigação do poder público na realização da justiça social e o quantum assegurado em prestações sociais pelas normas de direitos fundamentais, bem como a possibilidade de reclamação judicial pelos particulares, a saber: “a) se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo?; b) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direito fundamentais? e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação?” (SARLET, 2003, p. 335).

A resposta a tais indagações encontra sustentação no reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como função demarcatória para a denominação de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais pois pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, enquanto capaz de conduzir a sua própria existência, expressão direta da sua liberdade pessoal e exigência da própria dignidade. De modo que a liberdade é concebida como portadora de uma dimensão substancial que exige condições materiais mínimas para que o seu exercício não fique comprometido (SARLET, 2003, p.337).

A adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como padrão mínimo em prestações sociais, assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais, por outro lado, exige uma solução quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais. Sarlet entende que o emprego de uma pauta genérica e abstrata de diretrizes e critérios não é possível, devendo-se utilizar o modelo ponderativo de Robert Alexy para se avaliar a contraposição dos

valores em pauta, mediante as circunstâncias do caso concreto, o que revela uma aplicação pragmática dos direitos fundamentais a prestações sociais (2003, p.338).

As situações em que se evidencie um conflito entre a regra de reserva de competência legislativa, inclusive com o princípio da separação dos poderes, dentre outras objeções aos direitos sociais entendidos como direitos subjetivos a prestações e o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, assim como na colisão de outros bens constitucionais (fundamentais, ou não), em que haja a prevalência da aplicação do direito social prestacional, revelam a existência de uma esfera de um padrão mínimo existencial, devendo-se reconhecer, com apoio no posicionamento de Robert Alexy e Gomes Canotilho, na esfera de um padrão mínimo existencial, a existência de um direito subjetivo definitivo a prestações - dotados de plena vinculatividade e impositivos de realização de prestações pelo Estado -, e em situações em que tal mínimo é ultrapassado um direito subjetivo *prima facie*, pois merecedor de uma aplicação gradual. (SARLET, 2003, p.338-9).

A escassez de recursos deve ser enfrentada através do controle democrático da administração pública (gestão democrática do orçamento público) e controle judicial da Administração Pública, particularmente através dos princípios da moralidade e da eficiência administrativa (SARLET, 2003, p.340).

Observa-se da leitura da obra que o objeto dos direitos fundamentais sociais a prestação é a questão central de sua eficácia (gradual) e aplicabilidade. Ou seja, somente diante do caso concreto pode-se ponderar os bens em questão e dar maior ou menor eficácia para os direitos fundamentais sociais, não se podendo, contudo, negar-lhes a eficácia. Nessa compreensão, ocupa posição permanente de bem/valor a ser ponderado a dignidade da pessoa humana que geralmente vai estar em colisão com a competência de legislar sobre a matéria (atribuição do parlamento). O judiciário, por sua vez, tem papel reparador de situações de omissão do poder público porque não goza de legitimidade democrática para fazer, continuamente, as vezes do legislativo.

Em última análise, a questão da eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestação aponta para a necessidade de estudos sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais e a sua pragmaticidade - principalmente no constitucionalismo inglês e

americano, não aprofundados no livro -, razão para a leitura, reflexão e pesquisa dos vários assuntos deixados em aberto - propositadamente - por Sarlet, que contribui singularmente para trazer para o centro do debate acadêmico, assunto, muitas vezes, somente encontrado em capítulos de manuais de direito constitucional.

Referência

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416 p.

