

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL

PALESTRANTE: DR. INGO WOLFGANG SARLET - RS

DEBATEDORES: Dr. José Felipe Ledur - RS E
Dr. José Luiz Bolzan de Moraes - RS

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Não há como furtrar-me de algumas considerações iniciais, premissas nas quais fundamentamos a nossa exposição.

No limiar do terceiro milênio, os Direitos Fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade. Tal fenômeno é fruto do constitucionalismo iniciado há mais de 200 anos, mas principalmente resultado do segundo pós-guerra e do impulso vital da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, que este ano festeja 50 anos. É sobre esses Direitos Fundamentais que contribuíram decisivamente para o que se poderá designar de um progresso moral da humanidade, no sentido Kantiano do termo, que iremos centrar nossas atenções.

O título, desde logo, sugere uma delimitação, revelando que será tratado o problema específico da eficácia dos Direitos Fundamentais na ordem estatal Constitucional. Antes, porém, de iniciarmos nossa digressão, importa posicionarmos a respeito da terminologia, do conceito, bem como sobre as funções e classificação dos Direitos Fundamentais na nossa Constituição. Em suma, cuida-se de obtermos uma definição na seara terminológica e conceitual. Isto nos remete a dois questionamentos: por qual razão Direitos Fundamentais e não outra terminologia? o que entendemos por Direitos Fundamentais?

A nossa Constituição Federal, na seara terminológica, acabou adotando a terminologia mais moderna e com isso sintonizando com a evolução constitucional contemporânea, que tende a privilegiar a expressão Direitos Fundamentais e não mais a de Direitos Humanos. Em verdade, cumpre reconhecer que todos os direitos são, em última análise, direitos da pessoa humana (ainda que sob a forma de pessoa jurídica). Num outro sentido, a expressão “Direitos Humanos”, tem sido considerada, por parcela significativa da doutrina, como relativa aos direitos positivados no plano internacional, atribuídos ao homem independentemente de alguma vinculação com determinada ordem jurídica, assumindo, portanto, uma validade de cunho universal.

Os Direitos Fundamentais, por sua vez, são os reconhecidos pela Constituição de determinado Estado, sugerindo uma delimitação temporal e espacial, além de expressarem o seu caráter básico e fundamental para a ordem estatal. Esses Direitos Fundamentais são geneticamente ligados ao surgimento das Constituições. Isso nos revela o tão famoso e multicitado artigo 16 da Declaração Francesa de 1789, que em suma dizia que todo Estado que não prevê a separação dos poderes e não reconhece e assegura certos Direitos Fundamentais, não tem Constituição. Em última análise, verifica-se que os Direitos Fundamentais integram a essência da Constituição material.

Todavia, tanto os Direitos Humanos na seara internacional, quanto os Direitos Fundamentais na esfera constitucional, são, sem dúvida, direitos positivos, apenas situados em planos distintos de positivação, com implicações indiscutíveis na seara da eficácia, validade e efetivação. Embora os Direitos Fundamentais tenham surgido a partir da noção de direitos naturais do Homem, cumpre registrar que, uma vez positivados, não integram mais o direito natural, o que nos revela muito bem Bobbio, na sua obra “ A Era dos Direitos”, demonstrando que os Direitos Humanos e Fundamentais são direitos históricos e relativos. Por outro lado, tanto os Direitos Humanos quanto os Fundamentais, adotando-se a distinção quanto ao plano de positivação já referida, são fundamentais, sendo justamente a sua fundamentalidade que os distingue dos demais direitos, todos humanos, mas não necessariamente fundamentais.

Essa fundamentalidade, em primeira linha, é de natureza material, expressando a essencialidade, a importância e o especial significado dessas posições jurídicas. Assim, poderá se afirmar, num primeiro momento, que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais correspondem ao reconhecimento e proteção de certos bens e valores essenciais a todos os homens, sob a ótica da comunidade internacional, ou valores considerados essenciais pelo Poder Constituinte de determinado Estado. A fundamentalidade material é, portanto, comum aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos, ao passo que os Direitos Fundamentais da Constituição, se caracterizam por uma fundamentalidade simultaneamente material e formal, pois reconhecidos na Constituição formal.

Na nossa Constituição de 1988, essa fundamentalidade formal e material acabou obtendo um significado diferenciado e um lugar de destaque, de modo especial em relação ao constitucionalismo pátrio anterior, mas também em relação a várias Constituições contemporâneas.

No aspecto formal, essa fundamentalidade se manifesta principalmente pela supremacia inerente a toda e qualquer norma constitucional, caracterizando-se, além disso, pela aplicabilidade imediata das normas definidoras de Direitos Fundamentais e o pelo fato de integrarem as assim denominadas “cláusulas

pétreas”, no sentido mais amplo possível, tal como sustentado pelo Professor Juarez, em sua brilhante palestra.

No aspecto material, cuida-se de valores essenciais para a nossa comunidade naquele momento histórico em que são guindados a essa condição formalmente fundamental pelo nosso Constituinte. Além disso, a norma contida no art. 5º, § 2º, da nossa CF, consagrou uma abertura e expansividade material do Catálogo dos Direitos Fundamentais, recepcionando os Direitos Humanos consagrados nos pactos internacionais firmados pelo Brasil, além de admitir expressamente o reconhecimento de Direitos Fundamentais não escritos.

Após estas breves considerações na seara terminológica, temos que encerrar com algum conceito, o qual, à evidência, jamais poderá agasalhar todas as facetas da problemática e que aqui vai apenas a título de proposta. Com base no exposto, poderemos concluir que os Direitos Fundamentais são todas as posições jurídicas relativas à pessoa humana que, por seu conteúdo e por sua importância (e daí a fundamentalidade material) foram consagrados no texto constitucional, sendo retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (e aí a fundamentalidade formal), bem como todos aqueles que, por seu conteúdo, possam lhes ser equiparados, tenham ou não assento na Constituição Formal (aqui temos os tratados internacionais, ao direitos implícitos e os direitos fora do Catálogo em geral).

A Constituição de 1988, portanto, agasalha os Direitos Fundamentais, no duplo sentido formal e material, de todas as gerações ou dimensões. Esses Direitos Fundamentais integram, por sua vez, um sistema, por definição aberto e integrado com o restante da ordem constitucional e infraconstitucional.

Em face justamente de sua fundamentalidade material e formal, diz-se que os Direitos Fundamentais, de certa forma, “governam” as Constituições. Se isto pode ser tido, em princípio, como aceite, cumpre reconhecer, por outro lado, que os Direitos Fundamentais não constituem uma supercodificação, já que devemos sempre ter presente o princípio da unidade da Constituição e do sistema jurídico como um todo, tão bem frisado pelo Professor Juarez, que nos antecedeu com instigante exposição.

Se os Direitos Fundamentais governam toda a Constituição e a ordem jurídica, não o fazem, por certo, como uma monarquia absoluta ou de forma despótica. Por outro lado, verifica-se que o problema de como implementar o “plano de governo” dos Direitos Fundamentais, constitui temática intimamente vinculada à sua eficácia e efetividade.

Antes, porém, de adentrarmos esta problemática, não podemos nos furtar de falar das funções e classificações dos Direitos Fundamentais na nossa Constituição de 1988, ressaltando-se, desde já, a constatação hoje já consagrada da multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais na ordem constitucional.

Uma classificação dos Direitos Fundamentais, deverá, portanto, pelo menos zelar pelo respeito a esta multifuncionalidade e só será operacional e funcional, em última análise, se puder, de acordo com as funções preponderantes dos Direitos Fundamentais, sinalizar referenciais genéricos para todos os Direitos Fundamentais. Uma classificação que corresponder a estas premissas, acabará exercendo papel relevante na problemática da eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais.

Na esteira destas considerações, lembramos uma classificação que remonta, para parcela significativa da doutrina, ao pensamento do publicista germânico Georg Jellinek, autor de obra marcante, editada no final do século XIX, sobre os direitos públicos subjetivos, que, inobstante parcialmente superada (ainda que muitos não se tenham dado conta disso), onde foi proposta uma classificação destes direitos com base na função preponderante exercida na ordem jurídica constitucional.

Seguindo basicamente um critério de cunho funcional, podemos sustentar uma classificação dos Direitos Fundamentais baseada em vários autores de renome, tais como Canotilho e Robert Alexy, ambos também inspirados em maior ou menor grau na concepção de Jellinek, em dois grandes grupos, quais sejam, os direitos de defesa e os direitos a prestações, classificação esta de crucial importância para o problema da eficácia e efetividade dos Direitos Fundamentais, como ainda teremos oportunidade de verificar.

Direitos de defesa, são, em síntese, todas aquelas posições jurídicas que protegem um espaço de liberdade e autonomia pessoal da pessoa humana, além de protegerem certos bens jurídicos essenciais contra a ingerência do Estado e, se for o caso, até mesmo contra agressões por parte de particulares, o que por si só já bastaria para relativizar a idéia de que os Direitos Fundamentais são direitos subjetivos públicos, já que não se restringem a isso.

Além disso, cumpre referir que os direitos de defesa se caracterizam por gerarem obrigações de abstenção, sendo por isso também conhecidos como direitos de cunho negativo. Não se reduzem, todavia, aos tradicionais direitos de liberdade e igualdade, abrangendo também os direitos à vida, integridade corporal, direitos políticos que integram o estatuto global da liberdade, as garantias e até mesmo boa parcela dos direitos sociais, tais como o direito de greve, a liberdade de associação sindical, a proibição de discriminação por motivo de sexo, raça e religião nas relações trabalhistas, etc.

No âmbito da Constituição Portuguesa, após um equívoco inicial, as assim denominadas liberdades sociais (que se caracterizam como direitos de defesa típicos e não direitos a prestações sociais), foram transferidos para o Título dos “Direitos, Liberdades e Garantias”, onde se concentram os direitos de defesa. Aqui, embora não encontremos sistematização similar na nossa Constituição, nada impede que efetuemos uma exegese adequada.

O segundo grande grupo de Direitos Fundamentais é constituído pelos direitos a prestações, que, ao contrário dos direitos de defesa, geram obrigações de natureza positiva, sendo reflexo da evolução do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Todavia, cumpre ressaltar que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e diferenciado de posições jurídicas prestacionais de natureza jurídica e fática. Assim, arrimados em Alexy, podemos falar na existência de direitos a prestações em sentido amplo, que formam o que outros autores chamam de “*status positivus libertatis*”, que seriam justamente as prestações estatais destinadas a salvaguardar a igualdade e liberdade, resultado da atuação do Estado como Estado de Direito.

Esta categoria inclui os chamados direitos à proteção, como é o caso, na nossa Constituição, do direito de proteção do trabalhador contra os riscos da automação industrial, ou mesmo do direito do consumidor à proteção na forma da lei. Cuidase, portanto, essencialmente de direitos a prestações de natureza normativa, isto é, de uma lei regulamentando e concretizando a proteção do trabalhador e dos consumidores.

Também os direitos à participação na organização e procedimento, que não constituem propriamente direitos sociais, integram os direitos a prestações em sentido amplo. Em última análise, trata-se aqui de direitos a que sejam criados órgãos e instituições, dotadas de competências e instrumentos destinados a instrumentalizar e dar eficácia aos direitos fundamentais, com a participação da comunidade. São, em última análise, também uma decorrência do dever de proteção do Estado e do seu compromisso com a efetivação dos Direitos Fundamentais. O que seria, por exemplo, da nossa lei de proteção do consumidor (e, portanto, do direito do consumidor à proteção), sem os órgãos de proteção ao consumidor? O que seria do nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, lei concretizadora do direito de proteção da infância, sem a criação dos Conselhos Municipais? Teríamos, por certo, uma proteção sensivelmente esvaziada.

O segundo grupo dos direitos a prestações é formado pelos direitos a prestações em sentido estrito, integrantes do assim denominado “*status positivus socialis*”, cuidando-se, aqui, dos direitos a prestações sociais fáticas, tais como saúde, educação, assistência social, etc.

Os direitos a prestações sociais, são, em última análise, direitos à compensação das desigualdades fáticas, que garantem o exercício da liberdade e igualdade substanciais, que, à evidência, não se oferecem por si mesmas. Jorge Miranda nos fala, neste contexto, de direitos a uma liberdade e igualdade reais, por eliminação das desigualdades, mas jamais à custa da liberdade, isto é, não por uma igualdade sem liberdade.

Analisando a classificação proposta, poderemos afirmar, ainda, que todo e qualquer Direito Fundamental na nossa Constituição poderá ser reconduzido a um

ou outro grupo. Em que pese a nomenclatura para designar esses direitos na nossa Constituição, que, aliás, é de uma assistemática marcante, importa considerar que todos são direitos de defesa ou direitos a prestações (ainda que não exclusivamente e não da mesma forma).

Enfim, superada essa fase preliminar, debruçemo-nos sobre o tema específico da eficácia dos Direitos Fundamentais da Constituição de 1988.

Não poderíamos, todavia, versar sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais, sem falar sobre a eficácia das normas constitucionais em geral. A eficácia, salientese, é das normas constitucionais e estas, por sua vez, definem e outorgam direitos, homenageando, neste contexto, a distinção entre dispositivo (texto) e norma.

Quanto ao problema da eficácia das normas definidoras de Direitos Fundamentais, cumpre ressaltar que, dada a abrangência do tema, iremos focalizar com mais atenção a eficácia jurídica e não na eficácia social ou efetividade.

A eficácia, como todos sabem a partir das lições da doutrina (especialmente José Afonso da Silva), diz com a possibilidade de uma norma vigente gerar os efeitos jurídicos que lhe são inerentes, sendo que a aplicabilidade (a possibilidade de aplicar a norma aos casos concretos) se dá na medida da eficácia das normas. A norma, portanto, somente será aplicável na medida de sua eficácia. A efetividade (também designada de eficácia social), se dá com a efetiva aplicação e cumprimento das normas pelos seus destinatários.

Ressalto, porém, a íntima vinculação entre ambas as dimensões da eficácia, a eficácia jurídica e social. A eficácia em sentido amplo, evidentemente engloba a eficácia jurídica e social. Só que a eficácia jurídica (no sentido que lhe atribuímos) deve ser tida como pressuposto da efetividade. Esta, por sua vez, é a decisão de aplicar a norma eficaz juridicamente dando-lhe o efetivo cumprimento. No âmbito dessa eficácia jurídica, portanto, impõe-se algumas considerações de cunho mais genérico, antes de enveredarmos pelo tema do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal e seu significado para os Direitos Fundamentais.

A revisão da doutrina clássica sobre a eficácia das normas constitucionais, importada dos Estados Unidos por Rui Barbosa, levou a constatação de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, sendo que esta eficácia varia de acordo com a norma. A variação e intensidade da carga eficaz das normas constitucionais encontra-se, por seu turno, vinculada à forma de posituação, ou seja, ao modo de redação da norma no texto da Constituição e também das funções exercidas pela norma no texto constitucional.

Aqui também vamos partir de uma matriz de certa forma clássica, recentemente defendida entre nós por Luis Roberto Barroso, que já palestrou aqui na AJURIS algum tempo atrás, e que sustenta que as normas constitucionais são divididas em três grupos: a) normas organizacionais; b) normas definidoras de direitos e garantias; c) as chamadas normas impositivas ou programáticas.

Ressalto, aqui, duas posições que demonstram que existem normas constitucionais de cunho programático, também chamadas de normas impositivas, as quais impõe programas, fins e/ou tarefas de maior ou menor concretude aos poderes públicos em geral ou especificamente ao legislador. Quem o diz é o professor Canotilho, que, embora negue a existência de normas programáticas, sustenta a existência de normas-programa na Constituição. Provavelmente negou a existência de normas programáticas para que não venha a incorrer no equívoco de afirmar que essas normas não possuem eficácia.

Uma classificação célebre, além de dominante entre nós, foi formulada por José Afonso da Silva, do qual - como se verá - ousou divergir em alguns aspectos. Este mercedamente renomado autor divide as normas, quanto à sua eficácia, em normas de eficácia plena, contida e limitada. Optaremos, todavia, por uma classificação mais singela e mais antiga, mas ao mesmo tempo mais atual e operacional, que é do professor paulista Meirelles Teixeira, em sua obra póstuma "Curso de Direito Constitucional", que divide as normas constitucionais em dois grupos: a) normas de eficácia plena, e b) normas de eficácia limitada. Segundo ele bem demonstra, no que diz com a eficácia jurídica e aplicabilidade, ou a norma constitucional reclama lei concretizadora (isto é, uma interposição legislativa), para que apenas depois lhe possa ser outorgada plenitude eficaz, aplicando-se-a aos casos concretos, ou ela dispensa esta intermediação do legislador, não reclamando lei concretizadora e debelando desde logo a integralidade de seus efeitos.

Uma das diferenças essenciais entre a classificação de Meirelles Teixeira e a de José Afonso da Silva (assim como a da Prof^a. Maria Helena Diniz) reside no fato de que o segundo sustenta a existência de normas de "eficácia contida", normas de eficácia plena, aplicabilidade imediata e direta, mas possivelmente não integral, já que "a posteriori" poderá o legislador restringir os efeitos jurídicos das normas constitucionais que se enquadram neste grupo.

A classificação formulada por José Afonso da Silva, de modo especial, no que diz com as normas de "eficácia contida", todavia, em nada altera o fato de que para ter eficácia plena a norma não poderá reclamar interposição legislativa, pois neste caso será de eficácia limitada. Na prática, isto significa que a possibilidade de uma restrição posterior pelo legislador não retira da norma constitucional, desde logo, a sua eficácia plena, já que imediata e diretamente aplicável, mesmo sem uma "*interpositio legislatoris*".

Isso evidentemente não quer dizer que diante da expressão "nos termos da lei" não se estará necessariamente diante de uma norma de eficácia limitada, notadamente quando o que o Constituinte pretendeu expressar não é a exigência de uma lei concretizadora, mas sim, autorizar o legislador a restringir os efeitos da norma, de tal sorte que, neste sentido, as normas de "eficácia contida" - no sentido que lhes conferiu José Afonso da Silva - traduzem, em última análise, o princípio da

reserva legal, no âmbito das restrições legislativas às normas constitucionais, de modo especial, na seara dos direitos fundamentais. De outra parte, cumpre lembrar que, em princípio, todas as normas constitucionais são sujeitas a restrições (observados os princípios da proibição de excesso e da proteção do núcleo essencial), mesmo que não sejam propriamente normas de “eficácia contida”, inexistindo, em regra, direitos absolutos, considerando-se a teoria dos limites implícitos. Também neste particular, portanto, a tese de José Afonso da Silva poderia merecer algum reparo, que em hipótese alguma lhe retira o grande mérito e sua originalidade.

Para concluir, consideramos - na esteira de Meirelles Teixeira - que as normas constitucionais, quanto à sua eficácia jurídica e aplicabilidade, dividem-se em dois grandes grupos, levando em conta o critério essencial da indispensabilidade de um ato de intermediação legislativa para sua integral e imediata aplicação aos casos concretos, quais sejam, as normas de eficácia limitada e as normas de eficácia plena.

Passando a examinar - vencidas as preliminares - o significado da norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF de 1988, temos que ressaltar uma outra questão, que - ao menos no nosso sentir - nem sempre tem sido apropriadamente versada. Assim, ao contrário do que sustentam alguns bem intencionados, cumpre estabelecer desde logo que o referido dispositivo da nossa Constituição não possui o condão de tornar - como num passe de mágica - igualmente “auto-aplicáveis” todas as normas constitucionais.

Sustenta-se, em razão do artigo 5º, § 1º da CF, que não há mais normas de cunho pragmático ou normas impositivas, em suma, normas de eficácia limitada na nossa Carta Magna.

O equívoco, no nosso sentir, está ligado ao fato de que o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal contém uma norma de cunho principiológico, em se adotando a prestigiada (embora não incontroversa) classificação das normas jurídicas em princípios e regras, tal como sustentado por Alexy e Canotilho. Esta norma, por sua vez, apresenta como função reforçar a força normativa das normas de direitos fundamentais, no contexto da sua fundamentalidade formal, tal como já enunciado. Se as normas de direitos fundamentais são qualitativamente diferentes das demais normas constitucionais e se - de certa forma - “governam” a Constituição, a aplicabilidade imediata dessas normas fundamentais é justamente um desses instrumentos de governo.

Evidentemente - para deixar isto desde logo bem claro - é de se partir da premissa de que o artigo 5º, § 1º, da CF, abrange todas as normas de direitos fundamentais da nossa Constituição, sendo insustentável a tese defendida em outras ordens constitucionais - pelo menos por parcela significativa da doutrina e jurisprudência - de que os direitos sociais a prestações não têm eficácia plena e não são imediatamente aplicáveis, tal como ocorre em Portugal e na Espanha.

Especificamente no caso de Portugal, a Constituição prevê expressamente um regime jurídico diferenciado. Neste sentido, os assim chamados “direitos, liberdades e garantias”, que, em última análise, abrangem os direitos de defesa, são dotados de eficácia plena e imediata aplicabilidade, além de integrarem o rol das “cláusulas pétreas”. Já os “direitos econômicos, sociais e culturais” não são imediatamente aplicáveis e não integram as “cláusulas pétreas” da Constituição Lusitana de 1976.

Temos, portanto, uma norma que nos diferencia bastante da comunidade jurídica internacional, mas que, por sua vez - e talvez por isso mesmo - precisa ser encarada com a devida cautela. O nosso Constituinte não estabeleceu nenhuma diferença expressa no que diz com o regime jurídico das normas de direitos fundamentais, já que o artigo 5º, § 1º da CF, refere claramente as “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, não limitando a aplicabilidade imediata aos “direitos individuais e coletivos”, nem excluindo expressamente os “direitos sociais”. Assim, nem mesmo uma interpretação literal permitiria-nos concluir por um regime normativo diferenciado, ao menos não em termos de uma exclusão prévia de certos tipos de normas de direitos fundamentais do campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata. Não esqueçamos que o Título II (que abrange todas as categorias de direitos fundamentais), inicia com a expressão “Direitos e Garantias Fundamentais”.

A análise do significado da norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, deverá levar em conta o tratamento diferenciado por parte da doutrina pátria. Alguns, como é o caso do nobre Professor Manoel Gonçalves Pereira Filho, sustentam não se poder contrariar a natureza das coisas, de tal sorte que as normas que tiverem conteúdo vago e indefinido, não poderão ser imediatamente aplicáveis, enquadrando-se na classe das normas de eficácia limitada.

Outros, mais arrojados, advogam que todas as normas de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis e de eficácia plena, cuide-se de normas de direitos sociais de cunho prestacional, ou não. Há, ainda, os que sustentam que a existência do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, decorre do fato de que todas as normas constitucionais (para alguns não apenas as de direitos fundamentais) são imediatamente aplicáveis. Esta posição, contudo, deve ser tomada com certa reserva.

Afirmar que o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão, em última análise, conduzem a que todas as normas são aplicáveis imediatamente, implica desconsiderar a razão de ser destes instrumentos. Se eles existem, se o Constituinte previu o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão foi, salvo melhor juízo, justamente por reconhecer a existência de normas de eficácia limitada, que reclamam a concretização do legislador, de tal sorte que se este não vier a atuar (isto é, na omissão do legislador), precisamos de instrumentos jurídicos destinados a corrigir este estado de coisas.

O ponto de partida de nossa análise deverá ser, portanto, a consideração de que prever a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais não significa dizer como esta aplicabilidade se dará nos casos concretos e à luz de cada norma constitucional.

As normas de direitos fundamentais, por serem, na maior parte dos casos, normas-princípio, expressam padrões de condutas e impõem sempre uma otimização no caso concreto, não se resolvendo com base numa lógica do “tudo ou nada” (o que ocorre com as regras), tal como nos ensina Canotilho. Assim, entendemos que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, somente poderá ter cunho principiológico, já que, do contrário, teríamos uma contradição interna.

Temos, então, o princípio da aplicabilidade imediata e não uma regra da aplicabilidade imediata. Esse princípio, por sua vez, não se poderá resolver na “lógica do tudo ou nada” (tal como as regras), não se podendo cogitar de aplicar imediatamente todas as normas de direitos fundamentais ao mesmo tempo e na mesma medida, diante da existência de conflitos (colisões) entre diversas normas de direitos fundamentais. Impõe-se, portanto, uma maximização da eficácia dos direitos fundamentais, na esteira do que já se sustenta entre nós, como é o caso da Profa. Flávia Piovesan e do próprio Prof. Juarez Freitas, na sua palestra. O *quantum* em eficácia, todavia, somente poderá ser visto à luz da norma e do caso em concreto.

Além disso, afirma-se que este princípio da aplicabilidade imediata, além de reforçar a eficácia das normas de direitos fundamentais, gera uma presunção em favor da eficácia plena e aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direito fundamental, tal como ocorre na doutrina germânica. Que todas as normas constitucionais possuem um mínimo de eficácia e aplicabilidade, resulta evidente, consoante já referido. Tratando-se de normas de direitos fundamentais, deverá se partir da presunção de que todas têm eficácia plena, sendo - na medida desta eficácia - imediatamente aplicáveis, salvo exceções justificadas e vinculadas ao caso concreto e à natureza peculiar da norma em questão. De qualquer modo, sempre haverá de se ter em mente a necessidade da potencialização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais.

Com base nessa premissa, impõe-se a análise do problema em relação a cada categoria de direitos fundamentais.

Em se tratando de direitos de defesa, de cunho negativo, os quais geram obrigações de abstenção, protegendo a pessoa humana e certos bens jurídicos contra ingerências indevidas do Estado ou dos particulares, poderá se afirmar que, no caso de falta ou insuficiência de lei, a norma contida no artigo 5º, § 1º, da CF, atua como indicador de plena eficácia, presumindo-se a auto-suficiência e o cunho líquido e certo desta categoria de direitos. Isso pelo fato de o conteúdo desses direitos, segundo sustentam alguns (como é o caso de Vieira de Andrade e Jorge Miranda),

seria plenamente determinado (determinável) pela interpretação. Saliente-se que tal raciocínio aplica-se também aos direitos sociais equiparados, isto é, às assim denominadas “liberdades sociais”. Com efeito, não se vislumbra diferença substancial entre o direitos de greve dos servidores públicos e o direito de greve dos particulares. Também não há diferença ontológica entre a liberdade de associação sindical e a liberdade de associação política, ao menos não a ponto de justificar um regime jurídico diferenciado no que diz com a eficácia e aplicabilidade. Note-se, ainda, que tanto o direito de greve, quanto a liberdade de associação sindical são direitos eminentemente negativos (decorrendo do direito geral de liberdade e da liberdade de associação), não se confundindo com os direitos sociais a prestações.

Nesse quadrante, cumpre fazer referência ao tratamento que o nosso Supremo Tribunal Federal, o qual, como enfatizou o Prof. Juarez, tem apresentado momentos de glória e momentos realmente funestos. No que diz com os exemplos referidos, permitir-me-ei, pela primeira vez, discordar parcialmente do Prof. Juarez. Para tanto, valho-me do direito de greve dos servidores públicos, o qual tenho como autêntico direito fundamental fora do Catálogo. Considero que se se trata de uma norma de eficácia plena, não se podendo confundir norma de eficácia contida (que é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata) com norma de eficácia limitada.

Em hipótese alguma poderá prevalecer o entendimento de que não se cuida de norma de eficácia plena (que não reclama lei concretizadora para gerar direitos subjetivos) apenas por se estar diante do que alguns denominam de “relação especial de poder”. Com efeito, na doutrina moderna, o argumento de que nas relações especiais de poder (escola, presídios, administração pública, etc) os direitos fundamentais não possuem plena eficácia e até mesmo não são eficazes, encontra-se de há muito superado.

No exemplo ora examinado (greve dos servidores públicos), é de se perguntar, qual o fator que poderia me obrigar a depender de uma lei concretizadora para exercer esse direito? Qual o custo orçamentário com que o Estado terá de arcar? Qual o serviço público que o poder público deve prestar? O que efetivamente me impede de fruir do direito? Evidentemente, há de se considerar que os serviços essenciais têm de ser preservados, ainda que não se cuidasse de um direito sob reserva de lei (em suma, de norma de eficácia contida), que não pode - à evidência - ser equiparado a uma norma de eficácia limitada. Importa salientar, mais uma vez, que uma coisa é a possibilidade de regulamentação e restrição dos direitos fundamentais, outra a sua dependência - para efeitos de ser plenamente eficaz - de um ato de intermediação legislativa.

No Supremo Tribunal Federal encontramos um posicionamento minoritário (conduzido pelo Ministro Sepúlveda Pertence) que entendeu de não conhecer os mandados de injunção impetrados por servidores públicos sob o argumento de

que, por se tratar de norma de eficácia contida, seria plenamente eficaz e imediatamente aplicável, não havendo necessidade de lei, razão pela qual não caberia mandado de injunção, mas sim, mandado de segurança.

Percebe-se aqui as conseqüências práticas de alguns equívocos na esfera da eficácia das normas constitucionais, de modo especial, a não rara confusão entre normas de eficácia contida (sujeitas a restrições, mas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes) e normas de eficácia limitada.

Pelos argumentos invocados e à luz do exemplo extraído de nossa jurisprudência, tenho para mim que, em princípio, todos os direitos que se enquadram no grupo dos direitos de defesa (de cunho negativo), nos quais se objetiva em primeira linha uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particular), devem ter sua imediata aplicabilidade e plenitude eficaz reconhecida com base no postulado da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Em que pesem as divergências, encontramos-nos, por ora, numa seara em que é fácil sustentar a otimização do princípio da aplicabilidade imediata, o que não se poderá afirmar relativamente aos direitos a prestações, onde o problema apresenta alguns aspectos que reclamam um tratamento diferenciado e mais detido.

Em primeiro lugar (e a respeito disso não há o que transigir), ainda que se esteja diante de uma norma de eficácia limitada, no mínimo (o que não é pouco) é de se reconhecer os efeitos comuns a todas as normas desta espécie, tal como sustentado pela doutrina dominante entre nós (autores como Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Luis R. Barroso, Maria Helena Diniz e Jorge Miranda). Assim, por exemplo, o efeito revogatório em relação ao direito infraconstitucional anterior incompatível, bem como o fato de constituírem limite negativo para atuação do poder público, gerando inconstitucionalidades por ação (material e formal) de todas as normas que contrariam o seu sentido. Além disso, as normas constitucionais de cunho programático (ou impositivo, como afirma Canotilho) vinculam permanentemente o legislador às imposições, aos programas, fins e tarefas nelas estabelecidos, acarretando a inconstitucionalidade por omissão. Ademais, todas as normas constitucionais (e de direitos fundamentais, portanto) servem sempre de critério para integração, aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

O problema crucial que realmente surge neste contexto é se (e como) as normas de direitos sociais prestacionais podem ter eficácia plena e gerarem direitos subjetivos individuais a prestação fática que constitui o seu objeto. Para chegarmos a uma conclusão no tocante a este aspecto, há que examinar previamente a distinção entre os direitos fundamentais prestacionais e os assim denominados direitos de defesa.

Em primeiro lugar, uma distinção importante quanto ao objeto. Se os direitos de defesa pressupõe uma omissão, tratando-se de direitos negativos, nos direitos

prestacionais, em contrapartida, reclama-se uma posição ativa do Estado na esfera sócio-econômica, de modo especial, a definição de qual o conteúdo da prestação, assim como (embora em outro plano) a criação e disponibilidade destas prestações materiais que constituem seu objeto. O direito à saúde, por exemplo, abrange um universo de prestações de natureza diversa, difícil de determinar, podendo contemplar até mesmo os recursos para uma cirurgia no exterior ou limitar-se ao atendimento básico pelo Estado dos serviços essenciais por um órgão do tipo do nosso SUS.

O segundo problema - já sinalizado- diz com a relevância econômico-financeira dos direitos sociais a prestações. Se os direitos de defesa geram meras obrigações de abstenção e, portanto, podem ser efetivados independentemente das circunstâncias econômicas, através de mecanismos jurídico-judiciais, nos direitos a prestações sociais o objeto é sempre uma prestação material economicamente relevante, gerando a necessidade de recursos, em suma, a disponibilidade de bens e serviços.

Não podemos, ante esta evidência, negligenciar o problema da reserva do possível, que diz com a capacidade prestacional do Estado e/ou do particular, assim como com a razoabilidade de exigir-se determinada prestação, colocando-se a pergunta de o que o particular pode exigir do Estado em termos de prestações sociais, tal como já se indagou o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. Surge, neste contexto, o problema que a doutrina tem denominado de limite da reserva do possível, que abrange tanto a disponibilidade efetiva dos recursos quanto o poder jurídico de disposição. Vinculado a este limite, encontramos a necessidade de se observar o princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária, já que, ao menos em primeira linha, é de se partir da premissa de que é o legislador democraticamente legitimado (e não o Juiz e/ou Chefe do Executivo), quem devem decidir sobre a aplicação e recursos públicos, zelando pela realização de todos os direitos sociais (saúde, educação, habitação, assistência social, etc).

É por esses fundamentos - e não pela mera indeterminação das normas de direitos fundamentais sociais - que se costuma argumentar em favor da ausência de competência dos Juízes e Tribunais para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, já que se cuida de saber se o Juiz estará legitimado para estabelecer o quanto em saúde, educação ou outro direito social o Estado deverá prestar, em suma, se os órgãos judiciais podem dispor do orçamento público à revelia do legislador.

A título de conclusão parcial, podemos adiantar, desde logo, que, no âmbito de direitos subjetivos a prestações sociais, se os dados referidos (especialmente o limite da reserva do possível e o princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária) não possuem o condão de impedir - como veremos a seguir - a incidência do artigo 5, § 1º, da Constituição Federal, eles também não podem ser

completamente desconsiderados, traçando, pelo menos, diretrizes para um tratamento diferenciado dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional.

A idéia matriz a nos nortear, portanto, é a possibilidade de o particular exigir um Juízo a prestação social assegurada na Constituição, independentemente da forma de positivação da norma de direito fundamental. O fato de termos normas de cunho principiológico não significa, necessariamente, que delas não possam decorrer posições jurídicas subjetivas individuais.

Antes, porém, de avançarmos nesta seara, devemos iniciar com uma breve referência - no âmbito dos direitos subjetivos a prestações - aos assim denominados direitos derivados a prestações, já que quando se tratar de um direito fundamental social prestacional já concretizado pelo legislador, inexistem maiores dúvidas sobre o reconhecimento de direitos subjetivos. Sob a rubrica "direitos derivados a prestações" também tem sido albergado o direito de igual acesso às prestações públicas já existentes, cuidando-se de uma dimensão prestacional do princípio da isonomia, inobstante se possa discutir em torno do problema da exclusão arbitrária de benefício, que aqui não temos condições de desenvolver com um mínimo de profundidade.

Fixemo-nos, portanto, nos direitos originários a prestações, ou seja, na possibilidade de, independentemente de uma concretização legislativa ou mesmo de sistema prestacional já existente, reconhecer-se ao particular um direito de exigir judicialmente a prestação fática, diretamente a partir da previsão normativa na Constituição.

Nessa esfera, mesmo os mais arrojados (tal como o ilustre Prof. Celso Bandeira de Mello), admitem que, em certas hipóteses, não há como investir o particular com direitos subjetivos a determinadas prestações estatais. De acordo com o citado jurista, em se tratando de normas que indicam apenas a finalidade a ser cumprida, sem apontar os meios para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que podem satisfazer o bem jurídico reconhecido pela norma, se torna indispensável a interposição legislativa, pois não há direito subjetivo do particular à prestação reclamada.

No nosso sentir, uma posição a respeito do problema não poderá desconsiderar os limites da reserva do possível e da capacidade funcional do Juiz de concretizar direitos sociais, decidindo, em última análise, sobre a destinação e afetação de recursos públicos, cumprindo levar em conta que se trata também de aspectos que extrapolam a esfera eminentemente jurídica.

Tomando um exemplo concreto, o direito à educação, verificar-se-á, à luz de nosso direito constitucional positivo, que se trata de um direito social que abrange uma gama variada de normas e contempla uma diversidade considerável de posições jurídicas fundamentais. Se abrirmos a Constituição e procedermos a uma leitura

atenta dos artigos que versam sobre a educação (iniciando pelo art. 6º e 205 e seguintes), encontraremos uma série de normas de direitos fundamentais de cunho prestacional, mas também normas que contemplam direitos de defesa, de cunho negativo.

Desde logo, verifica-se que o direito fundamental social à educação é imediatamente aplicável e plenamente eficaz quando, no artigo 206, se diz que o ensino será ministrado baseado nos seguintes princípios: da igualdade de condições ao acesso e permanência da escola, liberdade de aprender e ensinar e gratuidade do ensino público, entre outros aspectos. Aqui, estamos diante de normas que consagram autênticos direitos de defesa, inclusive concretizações dos direitos de igualdade e liberdade.

Mas também não podemos descuidar da dimensão prestacional do direito à educação, em termos de um direito de acesso ao ensino (vaga em escolas, universidades, etc). Pergunta-se, neste quadrante, qual é exatamente a prestação a que está obrigado o Estado, de tal sorte a corresponder, para o particular, um direito subjetivo. Cuida-se de um direito irrestrito de acesso ao ensino público e gratuito em todos os níveis? Ou limitar-se-á o direito subjetivo ao ensino apenas fundamental? Nesta esfera, vê-se que o próprio Constituinte forneceu algumas diretrizes, ao falar na progressiva universalização do ensino médio gratuito, com o que já relativiza esta prestação. Mais adiante, porém (também no art. 208), consta que o acesso ao ensino obrigatório gratuito constitui direito público subjetivo, impondo-se, ao poder público (mas também aos pais e/ou responsáveis) o dever de zelar pelo cumprimento deste mandamento, pena de responsabilização, pelo menos na esfera do ensino obrigatório fundamental público gratuito.

As considerações feitas até o presente momento, já demonstram como o problema padece de um tratamento sistemático, revelando as potencialidades de apenas um direito social específico (educação) e isto de forma inevitavelmente superficial.

Dada a exiguidade do tempo, ousamos, desde já, propor alguns critérios referenciais para uma solução, ainda que esta não possa ter a pretensão de ser definitiva. Em princípio, há que ter em mente sempre a necessidade de potencializarmos a eficácia dos Direitos Fundamentais (sem exceção) à luz da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, inclusive com o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, o que pressupõe sempre uma análise no caso concreto, tomando-se cada norma isoladamente. De regra, cumpre reconhecer que se trata de assegurar um padrão mínimo de segurança material, já que o Estado Social, ao menos de acordo com a doutrina mais representativa (na qual nos louvamos) não é - ao menos não quando se cuida de assegurar via judicial direitos fundamentais sociais a prestações - um Estado que pode ser compelido a assegurar

um padrão “ótimo” de bem-estar social, mas sim, efetivar as condições para uma existência com dignidade. Isto, à evidência, não quer significar que a otimização do bem-estar social não possa ser uma meta a ser alcançada.

Todavia, é de se ter em conta, que mesmo argumentando em termos de um padrão mínimo, assume relevância (pelo menos, em princípio) o limite da reserva do possível, já que também neste caso poderá o Estado alegar que não dispõe (e provar o que alega) nem mesmo dos recursos para atender às exigências mínimas em saúde, educação, assistência social, segurança, etc. Prossegue, portanto, existindo o problema da reserva do possível, da mesma forma como segue existindo o problema da reserva parlamentar em matéria orçamentária. Com efeito, ou o legislador é o competente para decidir sobre a afetação dos recursos públicos, ou não. A Constituição - e a nossa não se constitui em exceção - não diz que abaixo de determinado valor não se faz necessária lei orçamentária.

A questão que se coloca é que tanto o princípio da separação dos poderes e reserva parlamentar na esfera orçamentária, em última análise, ambos expressão do princípio democrático, quanto os demais princípios (e direitos) fundamentais, inclusive o próprio princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não são absolutos. Daí a profunda importância da aula do Professor Juarez Freitas, ao relevar a necessidade constante de uma ponderação e hierarquização dos bens constitucionais, assim como a observância do princípio da proporcionalidade.

Na esfera de um padrão mínimo em prestações sociais - assim afirma Robert Alexy - também será mínima a restrição na esfera dos princípios conflitantes com a realização dos direitos sociais, podendo se afirmar, ainda, que o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade, sempre deverá prevalecer, no caso concreto, quando do conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, igualmente fundamentais, mas não absolutos.

Tenho para mim, na esteira deste raciocínio - aqui apenas brevemente enunciado - que o direito à vida e o princípio fundamentalíssimo da dignidade da pessoa humana (ao qual corresponde um direito fundamental à garantia e proteção desta dignidade) constituem-se em fios condutores, em suma, em critérios referenciais, na tarefa de otimizar a eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais, inclusive viabilizando o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, pelo menos na esfera de um padrão mínimo de condições materiais mínimas, não se devendo olvidar, ainda, que a liberdade e igualdade substanciais se constituem em exigências precípua da dignidade da pessoa humana.

Cumprir observar, todavia, que nem a previsão de direitos fundamentais sociais a prestações na Constituição e nem mesmo sua positivação e concretização na esfera infraconstitucional produzem, por si só, o padrão desejado (ou desejável) de

justiça social. Com efeito, fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem instrumental suficiente para a plena realização dos direitos sociais. A efetividade dos direitos sociais a prestações, assim como - em certa medida - de todos os direitos fundamentais, não se alcança com a mera vigência e aplicação da norma jurídica.

O Prof. Dr. Dieter Grimm, Juiz do Tribunal Constitucional da Alemanha e eminente Professor de Direito Público, nos fala, neste contexto, da necessidade de uma política dos direitos fundamentais. A Constituição, por certo, não pode negligenciar completamente o padrão de desenvolvimento social, econômico e político de uma comunidade, sob pena de se tornar insuportável o já inevitável dissídio entre a Constituição formal e material, comprometendo-se seriamente a força normativa da Constituição, para nos valermos da linguagem de Konrad Hesse, razão pela qual é de se afirmar, mais uma vez, que o problema da eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais transcende a esfera jurídica.

Para além disso, nota-se que a crença na dimensão profética e promocional dos direitos fundamentais, como normas direcionadas para o futuro, representando perspectivas concretas de progresso e esperança, certamente leva à necessidade de uma política global dos direitos fundamentais, que, por sua vez reclama uma postura ativa de todos, numa sociedade pluralista e aberta (Häberle), onde todos vivenciam o Direito e, de modo especial, os direitos fundamentais. A exemplo do que propõe Hesse, se a vontade da Constituição é fator essencial da sua força normativa, mais ainda o deverá ser a vontade dos direitos fundamentais. Ronald Dworkin, em passagem já tida como clássica, afirma que o governo que não leva a sério os direitos (principalmente os fundamentais, poderíamos acrescentar) não leva a sério o Direito. Por sua vez, poder-se-á afirmar que a atitude de tomar a sério os direitos fundamentais implica encarar com seriedade o problema de sua eficácia e efetividade.

Ao Juiz, a quem também - embora não exclusivamente - incumbe a tarefa de sua efetivação, cumpre levar a sério o problema e zelar pela máxima eficácia de todos os direitos fundamentais, considerando sempre os princípios da unidade da constituição, da proporcionalidade e da harmonização dos direitos fundamentais e demais normas da Constituição. No âmbito da já referida dimensão profética dos direitos fundamentais, o Juiz é o apóstolo, que deverá difundir a esperança e zelar pela sua transformação em realidade.

Ressalto, ainda, o risco do que se poderia denominar "quixotismo jurídico". O Juiz, em que pese sua condição de apóstolo e a despeito de sua missão de difundir e concretizar os direitos fundamentais, não deverá exercer o seu mister como um Dom Quixote, de viseira e cabeça baixas, investindo às cegas em direção ao alvo. Deve atuar com a cabeça erguida, firme sobre a cela, com um olho no alvo e outro na realidade circundante.

Assim - e com isto encerramos esta exposição - é de se observar que lutar pelos direitos fundamentais significa ter como meta a permanente a plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana, que, em última análise, é a mais lúdima expressão da própria idéia de Justiça.

Muito obrigado a todos.

Dr. José Felipe Ledur

Início com algumas considerações sobre o reconhecimento dos Direitos Fundamentais. E então tenho que me reportar a sua origem, que está na Declaração de Direitos da França e dos Estados Unidos da América, e refletir um pouco sobre como esses direitos fundamentais se consolidaram nesses países.

No Direito Constitucional Norte-Americano, o surgimento dos direitos fundamentais se concretizou após o rompimento com a Inglaterra, ou seja, houve a vontade de se formar uma nação, sem qualquer vínculo com a Inglaterra. Houve um rompimento revolucionário. Esse fato é decisivo para a formulação e consolidação, durante tantos anos, dos direitos fundamentais nos Estados Unidos.

Já na França, a revolução de 1789 foi uma tentativa de se romper com o esquema feudal-estamental. Aqui se verifica diferença em relação à ruptura havida nos Estados Unidos. Isso porque as grandes declarações, como a igualdade e a fraternidade, passaram a ser mais princípios de natureza filosófica do que propriamente jurídica, e isso trouxe conseqüências. Pois bem. A Declaração Francesa e os direitos fundamentais que foram se consolidando na França repercutiram também na formação dos Direitos Fundamentais do Brasil, que, assim como os demais países latinos, toma parte do sistema continental de direito.

Falando sobre a Constituição do Brasil de 1988, o professor Ingo referiu que os direitos fundamentais devem ser compreendidos historicamente, ou seja, não surgem direitos fundamentais do ar, do acaso. Eles se relacionam a condições sociais, culturais, religiosas concretas. Fazendo-se uma reflexão sobre nossa Constituição, que considero excelente, observa-se que ela veio para restituir a democracia, que havia sido pisada durante os vinte e um anos de ditadura. O processo constituinte também considerou a emergência do movimento social, especialmente em São Bernardo do Campo, mas poderia afirmar que a nossa Constituição de 1988 não considerou toda a nossa história pregressa, de quase cinco séculos. São exemplos o tema da escravidão, que nos acompanhou por quatro séculos e que tende a voltar novamente; a organização da produção; as relações do Brasil com os países centrais; a questão cultural; a formação do povo brasileiro. Esses são componentes que, no meu modo de ver, não foram bem considerados pelo constituinte de 1988 e que trazem conseqüências que se fazem sentir há tempo.

Sabemos que durante a Assembléia Constituinte houve grandes embates entre setores de esquerda e o setor designado de "Centrão", o que levou a impasses em

relação à redação final da Constituição. A solução adotada foi remeter a regulamentação de várias normas para a legislação infraconstitucional. Eu diria que para o Centrão isso foi um exercício de esperteza política, pois seus membros já sabiam de antemão que não haveria regulamentação daquelas normas mais controvertidas e porque eram sabedores de que havia no Brasil, e permanece vigente, a doutrina das normas programáticas.

Fazendo-se uma análise da nova ordem constitucional, observa-se que, no âmbito dos direitos dos trabalhadores, imediatamente após a promulgação da Constituição ouviu-se discurso contra os direitos sociais trabalhistas previstos nos artigos 7º a 9º da Constituição Federal. Dentro esses direitos está o direito de greve, que considero um direito imediatamente aplicável.

Assim que promulgada a Constituição de 1988, Celso Ribeiro Bastos, em “Comentários à Constituição do Brasil”, se pronunciou em relação à greve dizendo que seria necessária intervenção, urgente, do legislador para pôr limites a esse direito, que o constituinte havia colocado na Constituição como um Direito Fundamental e, segundo sua avaliação, com uma abrangência muito grande. Celso Ribeiro Bastos também dizia: “A greve é um recurso anti-social”. Isso não havia sido afirmado nem mesmo pela ditadura. A Lei de Greve não tardou. Foi a primeira lei a tratar de direitos sociais, restringindo-os, evidentemente.

A ação jurisprudencial que se seguiu, veio para reprimir ainda mais o direito de greve, inicialmente no setor privado, e mais adiante no setor público. O Tribunal Superior do Trabalho engrossou a vaga repressiva em relação ao direito de greve, declarando com reiteração a abusividade das greves. Como se trata de um direito fundamental, na forma da Constituição a greve pode sofrer limites. Entretanto, trata-se de um direito fundamental que o Tribunal não poderia restringir, como veio fazendo durante todos esses anos, abrindo caminho para a repressão do movimento dos trabalhadores e contribuindo para o enfraquecimento dos sindicatos. Lembrem da greve dos petroleiros e a ação que houve por parte do Executivo e, depois, pelo Tribunal Superior do Trabalho, com a imposição de uma multa extremamente grave aos sindicatos, o que ensejou, tempos depois, uma reprimenda da Organização Internacional do Trabalho (OIT) à ação do Governo Brasileiro.

Em relação à revisão e processos de emenda constitucional, há a preocupação de que neles se excluam da Constituição direitos dos trabalhadores, no pressuposto de que não se trata de cláusulas pétreas. Homenageio, aqui, o professor Ingo, que inclui os Direitos Sociais entre as cláusulas pétreas. Portanto, não podem ser excluídos da Constituição até porque a doutrina não admite retrocesso em nível constitucional no que tange a Direitos que tenham sido reconhecidos pela constituição.

Mais recentemente observamos o retorno a concepções vigentes no Estado Liberal, como a proposta de eliminação dos direitos dos trabalhadores (artigo 7º da

Constituição Federal), ou então a sua flexibilização. Em suma, desregulamentação e/ou a precarização das relações laborais.

Na esfera da fruição dos Direitos Fundamentais Clássicos, o que se observou na jurisprudência foi o esvaziamento de remédios constitucionais introduzidos pela Constituição de 1988, como o Mandado de Injunção. Uma decisão em Mandado de Injunção não deve se restringir a efeito declaratório, mas sim levar à constituição do direito. Ou seja, o Tribunal deveria reconhecer o direito como devido, e não simplesmente fazer o encaminhamento do tema ao Congresso para que ele legisle, como ocorre na hipótese da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No campo trabalhista, vou referir novamente a ação contra os Direitos Fundamentais oriundos do Tribunal Superior do Trabalho, que produziu conseqüências no âmbito dos Tribunais Regionais, ao não admitir a substituição processual de forma ampla tal como prevista na Constituição. Esse instrumento jurídico-processual é essencial para os trabalhadores, uma vez que difícil o exercício de ação individual, pelo titular do direito, na pendência da relação de emprego. A substituição processual é um mecanismo essencial para a fruição dos direitos enquanto a relação de emprego vai se desenvolvendo. O Tribunal Superior do Trabalho considerou que a Constituição não previa o direito à substituição processual, cristalizando esse posicionamento no enunciado 310. Já houve decisões do Supremo Tribunal Federal dispondo que o art. 8º da Constituição prevê a substituição processual, mas, ainda assim, o Tribunal Superior do Trabalho mantém o seu enunciado.

Continuando, assim, o exame dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, ainda no plano das instituições, mas tocante ao comportamento da sociedade em relação a esses direitos, eu lembraria o tratamento diverso que é dado ao *direito à vida e à propriedade* de acordo com a camada populacional. Exemplo: a matança dos 111 presos do Carandiru. Lembro que a relação de poder especial, referida pelo professor Ingo, não pode ser um argumento para que os direitos fundamentais sejam violados. Assassínatos de dirigentes sindicais, a matança de sem-terra que lutam pelo direito de acesso à terra e chacinas de crianças e adolescentes das periferias de São Paulo e Rio de Janeiro recebem tratamento diferente de episódios como a queda do Edifício Palace. Congresso e Executivo intervieram para solucionar o problema, diversamente do que acontece em casos que envolvem uma população pobre.

Mais recentemente, verificou-se tratamento diverso do Executivo à *liberdade de expressão* de um Bispo, de um Ministro do Supremo Tribunal Federal e de um dirigente do Movimento Sem-Terra (os três haviam defendido o direito de as populações famintas do Nordeste efetuarem saques de alimentos, mas o governo tentou incriminar, somente, o líder nacional dos sem-terra). Isso indica que a sociedade

brasileira se organiza de forma estamental, nem mesmo de acordo com a divisão de classes, ao dar consideração especial a indivíduos atendendo para o seu modo de vida ou profissão.

Ainda cumpre referir recente tentativa de criminalização de sem-terra famintos, que se organizam para buscar a comida, como se fossem um bando de desordeiros, de quadrilhas, etc. Isso evidencia que estamos retrocedendo ao século passado, em que o direito de associação não era reconhecido pela ordem liberal, pois o considerava atentatório à liberdade e à propriedade.

Pois bem, uma análise desse estado de coisas demonstra que no Brasil os Direitos Fundamentais têm dificuldades para a sua afirmação, porque não se fez um acerto de contas com a história social, política e econômica.

Vários são os autores que tecem críticas (ainda hoje li, na Revista AJURIS nº 45, o juiz Maciel falando nisto) à transposição mecânica de direitos fundamentais e institutos jurídicos estrangeiros para o Direito Brasileiro, ao invés de adaptá-los a nossa realidade. Por outro lado, há ausência de internalização do valor da Constituição na consciência da sociedade e dos exercentes de funções públicas. De par com isso, pense-se no princípio da dignidade humana. Refiro o precário cuidado dispensado a esse princípio fundamental da República pela doutrina constitucional brasileira e as conseqüências que disso decorrem, inclusive para a garantia do próprio Estado de Direito, pois quando a dignidade das pessoas é colocada em xeque, como ocorre aqui no Brasil, o próprio Estado de Direito corre risco sério. Nós temos exemplos do que aconteceu na Europa. Para a garantia do Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental mais importante do que as próprias normas de organização do Estado. É preocupante ver que o princípio da dignidade humana chega a ser qualificado na doutrina nacional como uma “norma programática”.

Eu diria que compete a nós, juristas, em primeiro lugar, é ler a Constituição. Tenho dúvidas se juízes, advogados, profissionais e estudantes de direito lêem a Constituição por inteiro. E, em vista disso, compete-nos a responsabilidade pelo desenvolvimento da dogmática constitucional, especialmente a alusiva aos direitos fundamentais, tendo em conta a nossa história social, política, cultural, etc. Em segundo lugar, face à crise que os direitos fundamentais vivem no Brasil, seria necessário, mesmo ressalvada nossa divergência em relação à classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, que se construa a ruptura com tradicionais concepções de direito constitucional que, escoradas na doutrina das normas programáticas, paralisam o avanço dos direitos fundamentais no Brasil.

Diria ser necessário que se construa um novo paradigma. Estamos vivendo uma crise e, como diz Tomas Kuhn no seu livro “Estrutura das Revoluções Científicas”, é necessária a construção de novos paradigmas para fazer face à crise

e buscar saídas. Em face disso, é necessário compreender a Constituição não como uma norma política, mas essencialmente como uma norma jurídica, e ver que conseqüências isso deve trazer.

A Constituição não deve ser uma norma ou compromisso ocasional de grupos políticos, sujeito a mudanças segundo as necessidades e interesses desse mesmo grupo. A Constituição deve ser entendida como norma vinculativa. Por isso é necessário explicitar de forma clara e técnica quais as tarefas que competem a cada um dos três poderes e à sociedade.

Em relação ao Judiciário, por definição, cabe-lhe proteger os direitos fundamentais de primeira geração, de conteúdo definido, de modo que sejam realizados concretamente. Aqui lembro o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto, são normas vigentes, eficazes, que definem direitos e garantias. Entre essas normas estão os direitos de primeira geração ou de primeira dimensão. Esses direitos devem ser aplicados, ainda que não haja regulamentação, pois trata-se de normas com conteúdos definidos.

Faço, agora, uma distinção com as normas de conteúdos não definidos, como são os direitos sociais. Naturalmente o juiz não pode, mediante decisões judiciais, considerar devido o direito ao trabalho, à saúde e à educação aos brasileiros porque ele estaria invadindo uma área de competência do Legislativo e do Executivo. A estes dois poderes cabe dar conteúdo a esses direitos fundamentais. Só depois podem ensejar postulações ante o Judiciário.

Falando, ainda, do Legislativo e do Executivo, a dogmática constitucional deveria firmar que a Constituição é diretamente vigente para esses poderes no que diz com os direitos sociais e que ela é indiretamente vigente para a sociedade, ou seja, a sociedade tem que esperar a ação do Legislativo para dar conteúdo a esses direitos. Em suma, os poderes estão vinculados à Constituição e estão obrigados a tudo fazer, dentro da esfera de sua competência, para que os direitos fundamentais se realizem.

No tocante à sociedade, é necessário valorizar o princípio democrático, como mecanismo de participação para formação da vontade política do Estado, seja por meio das eleições, seja por meio da formação preliminar da vontade política direta. Estou mencionando doutrina de Konrad Hesse, ou seja: a sociedade tem que ter o direito à liberdade de associação, de reunião, de participação nos procedimentos e de participação. Cito o exemplo da participação no planejamento da atividade econômica a que se refere o artigo 174 da Constituição Federal, o qual prevê a necessidade de haver uma lei que trate do desenvolvimento nacional equilibrado. Aqui a sociedade, os trabalhadores, os grupos empresariais têm o dever de se fazer presente para que se formulem as linhas mestras do planejamento econômico, que é obrigatório para o setor público e indicativo para o setor privado.

Concluindo, gostaria que o professor mencionasse o tema referente ao princípio da dignidade humana como núcleo dos direitos fundamentais e se esse princípio deve ser também uma referência para o juiz interpretar e aplicar as normas.

Dr. José Luiz Bolzan de Morais

A proposta que trago à discussão diz respeito aos vínculos entre os direitos humanos e a globalização econômica, inspirado no artigo escrito por José Eduardo Faria (Direitos Humanos e Globalização Econômica). Essa é a grande discussão que temos que fazer, - a efetividade dos direitos fundamentais na perspectiva atual de crise das instituições. Quando falo em crise de instituição, falo especialmente da grande instituição Estado, e coloco aí todas as demais instituições que fazem parte das funções do Estado. Aí estão o Executivo, o Legislativo e a função jurisdicional.

Começa o professor Faria com o seguinte questionamento: “Como ficam os direitos humanos com o fenômeno da globalização econômica? A reorganização dos processos produtivos, a transacionalização dos mercados, a volatilidade dos capitais financeiros estão ampliando a efetividade da democracia? Ou ao contrário, vem limitando o alcance de seus mecanismos de representação e controle político? Por sua vez, as instituições jurídicas encarregadas de neutralizar de decidir conflitos, como os Tribunais, o Ministério Público, ter condições de manter intocadas as suas prerrogativas, suas competências funcionais, sua independência, e seu campo de atuação num período histórico, fortemente marcado pela compressão do tempo e do espaço?

Penso que esta seja a questão fundamental aqui, para discutir acerca dos direitos humanos, e se nós os estamos interrogando é porque dúvidas existem. Das dúvidas que existem, a fundamental é advinda das crises das instâncias tradicionais de expressão e regulação social.

Sem dúvida, o Estado não tem mais exclusividade no monopólio da produção e da aplicação do Direito. E as demais instituições vinculadas ao Estado não conseguem mais atuar, não tem mais condições de dar efetividade a esses direitos cuja eficácia na Teoria Jurídica, não podemos discutir. Juridicamente podemos discutir a eficácia dos direitos fundamentais. São eficazes mas não efetivos. Adiantaria um Juiz, com toda a sua competência, com toda a clareza acerca da eficácia dos direitos fundamentais, tentar viabilizá-los numa decisão jurisdicional, frente a essa realidade contemporânea?

Essa é a grande questão que eu coloco - a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Parece impossível trabalharmos com a questão da eficácia sem trabalharmos com a questão da efetividade. Talvez esteja aí o equívoco que cometemos: pensamos que dar eficácia, em razão de ocupar funções dentro do Estado, seja uma garantia de que algo vai se dar na sociedade.

Eu discordaria do colega José Felipe Ledur, em pensar na Constituição como

norma jurídica e não como norma política. Acho que mais do que nunca temos que pensar nos direitos fundamentais como estruturas políticas, porque o direito tradicional neste estado de coisas não tem mais o espaço que tinha tradicionalmente, não funciona mais.

O professor J. E. Faria aponta outro dado interessante, ao traçar um quadro que chama de “pluralismo jurídico”, como ordens normativas existentes hoje as quais agrega mecanismos de solução de controvérsias a partir de cada um tipo de ordem normativa existente. Ele diz que: Existem fundamentalmente e concorrem 04 ordens normativas distintas, onde, a ordem normativa Estatal é uma delas, que de certa maneira perde para concorrência do mercado, usando uma palavra da moda para as demais ordens normativas. Diz, existe uma ordem normativa chamada “Lex Mercatória”, direito de produção, todos uma ordem jurídica produzida no âmbito para estatal, ligada à questão dos tipos *isos*, 14.000, *isos* 10.000, esses *isos* todos. Normas que regulam as relações dessas grandes empresas transnacionais entre si, internamente, que têm mecanismo de solução dos seus conflitos que não passam pelo Estado, nem as próprias constituições dessas ordens.

Há uma normatividade autoproduzida pelas partes, que ele chama direito inoficial, que não passa pelo Estado; uma quarta ordem jurídica, que é o direito marginal, que é o direito da marginalidade mesmo, com que estamos convivendo de certa maneira, neste mundo contemporâneo, globalizado, complexo, “evoluído”. Temos toda uma tradição da modernidade, toda uma renovação dos mecanismos antigos retomados e também a convivência com o mais antigo mecanismo, que é o mecanismo da repressão, pura e simples, que é talvez o mais utilizado para a solução das controvérsias do direito marginal.

Talvez o único viés que vigora e é efetivo, do direito do Estado, é o Direito Penal. Quando o Estado abre mão de um lado e não tem condições de implementar outros ramos do Direito, o Direito Penal serve para fazer refluir a exclusão social produzida por este tipo de reorganização da ordem mundial.

Como ficam os direitos humanos dentro deste contexto? Se estamos buscando efetivamente, temos que dar eficácia e efetividade à ordem constitucional, por isso a importância de discutir esse tema exatamente nos 50 anos das Declarações dos Direitos Humanos e 10 anos da Constituição. Isso porque não conseguimos ainda fazer com que eles sejam efetivos, por mais que tenhamos teorias, mecanismos jurídicos que nos permitam perceber ou trabalhar com a questão da eficácia, que é conceito jurídico.

E como dar consistência social a esse conceito jurídico? Como lhe dar efetividade? E dar efetividade não passa necessária ou exclusivamente, pelos operadores jurídicos. É uma questão de ter uma cultura de cidadania dos direitos fundamentais.

Todo esse problema, a crise de Estado, crise de instituição que repassa todas as questões dos direitos fundamentais, também reflete no âmbito da democracia. Talvez toda a revolução tecnológica da modernidade, no âmbito da política, seja exatamente a democracia.

Como poderemos contribuir como operadores do Direito, para essa cultura cidadã se o espaço da democracia está cada vez mais reduzido, inclusive, por esta perda de capacidade do próprio Direito, como instrumento de regulação social. Aí começa o risco de uma cidadania, bem como, o risco de uma ordem jurídica, que tenham um perfil não-democrático. Quem é que intervém nessa produção direta da Lex Mercatória, quem é que intervém nesse direito inoficial, quem é que intervém no direito marginal? É o cidadão, é a sociedade como um todo? Ou, como demonstra um dado da Universidade Francesa, segundo o qual 76% da produção manufatureira mundial está nas mãos dos 876 maiores conglomerados transnacionais, são outros interesses que o fazem? Toda aquela tradição da modernidade se perde dentro deste contexto contemporâneo de globalização ou mundialização, é o que parecem pretender alguns.

E então começamos a pensar em uma institucionalização nova, transferimos um grande número de direitos e interesses para o âmbito supranacional. Criam-se as comunidades supranacionais, mas enquanto elas reproduzem o perfil de Estado ou conformam novas instituições públicas também não têm, muitas vezes capacidade de enfrentamento destas situações. Ou então, transferimos para o âmbito local, e de certa maneira o Estado fica no centro deste esfacelamento supra e intra estatal. Só que nem no nível supra, nem no nível intra, este esfacelamento significa no mais das vezes democratização.

Conseqüentemente, nem o nível supra, nem o nível intra, nem o nível estatal significam efetividade dos direitos humanos. Pois, mesmo com os mecanismos tradicionais que nós buscamos para dar consistência jurídica eficácia jurídica, vêm eles sendo garantidos.

Parece que neste momento da discussão, que marca os 50 anos da declaração e os 10 anos da Constituição (mais do que nós remexermos na questão da eficácia, teoria jurídica clássica e teoria jurídica acerca da implementação dessas garantias fundamentais, desses direitos fundamentais), mais do que nunca incumbe ao Jurista ter uma perspectiva, ter uma compreensão de que o seu instrumento de trabalho que é o Direito, está envolto neste contexto todo. E como fazer este enfrentamento? Não sou eu quem tem a resposta, pelo menos agora.

Outra questão que se poderia colocar é: que tipo de direito fundamental e que tipo de Tribunal pode ser invocado para a sua salvaguarda. Usando uma expressão de Renato Janine Ribeiro, que tipo de autoridade de apelo pode ser invocada. Nesse sentido, Renato Janine Ribeiro, que é um cientista político da UNICAMP, em um

texto pequeno publicado na Folha de São Paulo em 1995, cujo título é “Adeus à Democracia”, diz o que: em razão deste contexto em que se vive, a autoridade política, a autoridade de representação política, a democracia e tudo que circunda a democracia, perdem espaço para o poder econômico. Desaparece a autoridade de apelo, que tanto pode ser o Prefeito, o Governador do Estado, o Presidente da República, o Vereador, o Deputado Estadual, o Deputado Federal, o Senador, como pode ser o Juiz, o Desembargador ou o Ministro do Supremo, ou seja, as autoridades públicas cedem espaço para detentores do poder privado. Diz mais ele vamos voltar a uma máxima do Império: ‘vá queixar-se ao Bispo’, não ao Bispo de toga, ou seja ‘vá queixar-se a ninguém’, porque não existe autoridade de apelo.

Como dar efetividade aos direitos fundamentais, se nós não temos autoridades de apelo? Porque no âmbito da Lex Mercatória, no âmbito do direito inoficial, ou no âmbito do direito marginal não há autoridade de apelo. Porque nos dois primeiros há autoridade constituída pelos próprios interessados e no âmbito do marginal há a lei do mais forte.

Em contrapartida, no âmbito do direito oficial – instrumento tradicional de resguardo de garantias públicas – percebe-se uma perda de condições de efetividade, apesar dos instrumentos eficazes de que dispõe. Aqui, tanto o conteúdo quando os instrumentos de salvaguarda cada vez mais se “flexibilizam”, para usar um modismo.

Estou sugerindo estas questões para que se possa retomar discussão sobre o tema.

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Esta certamente não será uma nova palestra, mas sim, uma resposta breve a provocações saudáveis, já que estamos todos falando a mesma linguagem, ainda que sobre aspectos diferentes do mesmo problema, tendo presente o mesmo objetivo.

Quando falei da eficácia jurídica, sempre frisei que a eficácia jurídica é, de certa forma, a ante-sala da efetividade e dela não se dissocia. Metodologicamente e até didaticamente é um aspecto que carece de uma análise distinta, mas que inevitavelmente desemboca no problema da efetividade, pois do contrário perderia até mesmo sua razão de ser.

Em relação às normas programáticas, abordada pelo Dr. Ledur, considero que o fato de existirem normas de cunho programático, jamais poderá impedir que, especialmente em se tratando de norma definidora de direitos fundamentais, ainda que positivados na forma de norma programática, não se possa reconhecer um direito subjetivo à prestação que constitui o seu objeto. Pelo contrário, deverá se reconhecer direitos subjetivos a prestação, mas sempre com o olho voltado para a realidade e tendo presente o fato de que estes direitos exercem uma função diferenciada dos clássicos direitos de defesa (negativos) e, portanto merecem um

exame diferenciado, sem que com isto se esteja negando sua eficácia e efetividade, inclusive reconhecendo direitos subjetivos a prestações, ainda mais em situações limítrofes e onde a dignidade da pessoa humana e o direito à vida encontram-se particularmente ameaçados.

O problema da globalização de que tratei no início, afirmando que os direitos fundamentais integram o patrimônio comum da humanidade, é fenômeno de uma sociedade globalizada no sentido positivo, não no sentido neoliberal, de ausência de Estado, da ausência de instâncias de apelo e, portanto ausência de efetivação dos direitos fundamentais. A globalização dos direitos fundamentais é a globalidade positiva, que tem como meta a transformação em realidade dos direitos fundamentais, como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que é de todos os homens e não só do cidadão brasileiro ou alemão. Enfim, evidentemente que os direitos fundamentais passam por uma proteção do Direito Constitucional interno, sendo que essa proteção jamais vai esgotar os recursos disponíveis e jamais vai ser suficiente, por si só, para essa efetivação. Justamente por isso o Dr. Bolzan, na sua intervenção, apontou para este contato inevitável, cada vez mais intrínseco, entre a esfera nacional e internacional, num mundo globalizado.

Só para encerrar, dentro dessa mesma linguagem e dentro desse mesmo espírito, numa sociedade globalizada dos direitos fundamentais e não da Lex Mercatória, parece-me que o elemento comum ainda continua sendo a vontade dos direitos fundamentais, ou seja, cada palavra, cada linha escrita, cada debate feito, cada opinião emitida a sério e com boas intenções nesta seara é justamente o que fará dessa vontade dos direitos fundamentais uma realidade concreta.

A partir desse momento passamos à formulação das perguntas.

PERGUNTA: Dra. Vera

Nessa linha de Direito Fundamental, temos o artigo 227 da Constituição, que estabelece uma frase que nos Juizados da Infância e Juventude gostamos de lembrar sempre: criança e adolescente são prioridade absoluta para a família, o Estado e a Sociedade. Dentro dessa regra de Direito Fundamental que também está estipulado no artigo 5º da Constituição Federal, temos a divisão que a Constituição Federal de 1988 estabelece aos processos orçamentários das várias espécies, com a criação dos Conselhos Federais, Estaduais e Municipais.

Gostaria de saber a opinião dos nobres constitucionalistas, sobre as decisões, tomadas por esses conselhos, que fixam valores a serem estabelecidos no orçamento. Os conselhos são meramente consultivos, opinativos, ou elas são vinculativas do orçamento, lembrando o caráter democrático, participativo, da Constituição Federal de 1988?

RESPOSTA: Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

A questão que a Dra. Vera colocou é relevante nesta matéria, mas passa, em primeiro lugar, pela constatação de que o direito à proteção da Infância e Juventude, em que pese a sua localização predominante fora do capítulo dos Direitos Fundamentais, evidentemente é quase mais que fundamental e não precisaríamos nem do artigo 5º, § 2º, da CF, para justificar isso.

Também é evidente que se trata de um dispositivo que contém normas da mais variada espécie. Implica, num primeiro plano, uma ordem dirigida ao Estado para concretizar esta proteção e, ao mesmo tempo, o autoriza a fazer tudo que for necessário para tanto. A partir dessa premissa e levando em conta a idéia de “prioridade absoluta”, referida na Constituição e apontada na pergunta da Dra. Vera, cumpre reafirmar, na esteira do Prof. Juarez Freitas, que não há prioridade absoluta na Constituição, nem mesmo no que diz com Infância e Juventude, ao menos não no sentido de que esta prioridade, tida como absoluta, exclua outras prioridades ou que seja a única “prioridade máxima”. Para mim, por exemplo, a vida (e a saúde, por conseqüência) é tão prioritária quanto a infância e Juventude, porque sem ela sequer poderei chegar a infância.

Educação, tanto para infância e juventude, quanto para os demais, também é prioridade absoluta. E não pode haver prioridade absoluta, pois, se eu fixar prioridades absolutas, tenho de despriorizar outras coisas. Como estão em jogo princípios constitucionais, todos fundamentais e conflitantes, não há outra solução, a não ser a harmonização dos valores em jogo e aí, no âmbito de uma pauta axiológica, existe a possibilidade de hierarquizar, estabelecendo prioridades, sem que isto signifique necessariamente fixar uma prioridade absoluta, o que, por outro lado, não afasta a possibilidade de se priorizar algum valor em relação a outros bens menos relevantes.

A partir dessa premissa e levando em conta que, em matéria orçamentária, o próprio Constituinte chegou a fixar alguns critérios expressos, como no caso do direito à educação, onde foi estabelecida uma percentagem determinada em termos de recursos a serem investidos nesta área pela União, Estados e Municípios, ao menos com a fixação de um patamar mínimo, devemos concluir que estas normas da Constituição são plenamente vinculantes e sindicáveis judicialmente, em caso de transgressão. São normas claras indicando que o legislador, quando elabora o orçamento, a elas está vinculado e não o fazendo há desvio de poder.

Da mesma forma, uma vez concretizado o orçamento público, ainda que não diretamente a partir da Constituição, já que não temos normas na Constituição estabelecendo valores (percentuais) no âmbito de todos os direitos sociais, inclusive no que diz com a proteção da infância e juventude, podemos sustentar pelo menos a obrigação do legislador orçamentário no sentido de contemplar minimamente cada direito social previsto na Constituição, já que também o legislador - ainda que

não na mesma intensidade - está igualmente vinculado ao princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, consagrado no art. 5º, §, 1º, de nossa Carta Magna. Caso não o fizer e deixar de contemplar algum direito social, através de uma previsão orçamentária, em última análise, torna-lo-á sem efeito.

Temos aí um elenco de possibilidades dentro desse quadro, sempre observando que não há uma única prioridade absoluta, mas diversos princípios fundamentais que devem ser simultaneamente e otimamente realizados, sendo necessário saber lidar com o instrumental disponível e considerando as limitações já apontadas no decorrer da palestra.

Dr. José Felipe Ledur

Lembraria o princípio democrático. A nossa Constituição procura harmonizar o princípio representativo com o democrático. E o problema é de que forma efetivar a participação democrática da sociedade na definição das opções nas políticas públicas, por exemplo.

A Constituição prevê algumas hipóteses de participação. No caso da fixação do volume de dinheiro destinado, por exemplo, à proteção da criança realmente parece que o legislador tem a prerrogativa e o dever constitucional de fixar qual o montante a ser atribuído a cada setor da administração pública. O problema é se a sociedade está disposta a se mobilizar ao redor dos interesses da criança, para ver se esses interesses devem ter maior ou menor prioridade dentro do orçamento. Existem outros interesses que terão de ser contemplados no orçamento. A questão é justamente como harmonizar todos esses interesses e quais os valores que a sociedade considera mais relevantes em determinado momento.

Daí voltarmos ao tema da participação da sociedade. A sociedade pouco se mobiliza para se fazer presente, por exemplo, no planejamento da atividade econômica. A sociedade tem que se fazer presente, não podemos ficar submetidos à *Lex Mercatoria* à falta de autoridade a quem apelar.

Uma coisa tem de estar presente na nossa consciência, ou seja, o poder emana do povo. Ainda que nós não tenhamos uma democracia plena, ainda que o poder da economia seja extremamente forte, que as grandes corporações pretendam e consigam definir para onde devam ser canalizados os recursos públicos, temos que lutar para que essa realidade traduzida pela expressão o “poder emana do povo” determine sua participação direta na definição dos rumos e na aplicação do Direito. Temos de lutar por isso.

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Vou fazer - nesta última intervenção - uma menção rápida a dois trabalhos recentes do ilustre professor Bonavides, mais especificamente, uma carta aberta à

Nação contra a proposta de emenda que pretende convocar um plebiscito para uma espécie de Revisão ampla e irrestrita da Constituição, mas também um outro trabalho, bastante longo, sobre o Poder Judiciário e o artigo 1º, da Constituição Federal, em especial sobre o Princípio Democrático e o problema espantoso de a Constituição ter completado dez anos e ainda não haver regulamentação dos instrumentos de democracia direta no País.

O Plebiscito encontra-se em uso apenas para fins de criação de novos Municípios. A iniciativa popular legislativa encontra-se submetida a tais limites que se tornou virtualmente inoperante. O Referendum, por sua vez, ainda aguarda ansiosamente por uma regulamentação, quando poderia servir de importante instrumento para legitimação de medidas legislativas de impacto, especialmente no âmbito das reformas constitucionais. Não devemos esquecer que o exercício da cidadania, como já afirmou Celso Lafer, é justamente o direito a ter direitos. Ademais, previstos no art. 14 da Constituição, no capítulo dos Direitos Políticos, a iniciativa popular legislativa, o plebiscito e o referendun são, em verdade, também direitos fundamentais de participação direta e ativa do cidadão, isto é, instrumentos de exercício da soberania popular e não meramente de uma participação limitada a eleição de representantes.

O problema que estamos vivenciando hoje, nesse Estado virtual no qual estamos nos transformando, como referiu o Professor Juarez e que foi bem enunciado numa entrevista concedida pelo sociólogo alemão Claus Offe à Revista Veja, tempos atrás, é que justamente este esvaziamento do Estado é um dos maiores riscos e atentados contra a democracia, porque a ausência de Estado Democrático, é justamente o maior ataque que a democracia pode sofrer.

A ausência de Estado e a não-democracia são seguramente coisas que andam muito juntas, porque a ausência de Estado pode significar, como já significou, que o mercado e a assim denominada Lex Mercatória tomam conta das relações sociais, não devendo - como prega o discurso neoliberal - o Estado interferir naquilo que "funciona muito bem". A história já demonstrou quais as conseqüências deste "bom funcionamento" da sociedade sem intervenção estatal e também onde houve excesso de presença estatal. A nossa democracia, que parece limitada a um Congresso (evidentemente não na sua plenitude) homologando "direito provisório" e emendas produzidas em Gabinete, seguramente é um Congresso a quem uma participação popular direta - e temos o instrumental para isto - somente poderia fazer bem. Caso contrário, estaremos nos aproximando cada vez mais do que Bobbio definiu de uma oligarquia de políticos profissionais, isto é, de uma pequena minoria elitizada governando sobre uma grande maioria, que, de preferência, pretende ver afastada do exercício do poder.

Enquanto não advier a plena regulamentação e efetivação dos direitos políticos no nosso País - e o nosso Congresso evidentemente está fazendo tudo para que o

povo não exerça plenamente estes direitos - nosso sistema democrático não passará de uma oligarquia (ou mesmo aristocracia) de políticos profissionais, triste degeneração do modelo democrático representativo.

Dr. José Felipe Ledur

Foi bom lembrar a iniciativa popular. Não sei se já foi apresentado nesses 10 anos algum projeto de lei de origem popular. De qualquer forma, está na Constituição e talvez a falta de iniciativa popular revele o descompasso da Constituição com a própria realidade social, cultural, política, etc., que deveria estar submetida à Constituição.

Diz o § 2º do artigo 61 da Constituição Federal: “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos em três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. Ou seja, parece que complica bastante a iniciativa popular, mas de qualquer modo convém sempre dizer que a nossa busca de soluções passa pela radicalização da prática democrática. Não há outro caminho para nós, no Brasil, do que irmos realmente a fundo nessa questão da democracia.

Dr. José Luiz Bolzan de Moraes

Uma das questões efetivas que a sociedade contemporânea vive em nível mundial e que as Constituições têm se referido é essa conjugação de democracia representativa e democracia direta.

Hoje, como coloca o Dr. Ledur, o próprio processo e regulamentação de como apresentar uma iniciativa popular inviabiliza a sua utilização. É mais fácil “pegar” um Deputado próximo para que ele apresente um projeto de lei. Por exemplo: um Deputado em Rondônia que tiver poucos milhares de votos e for eleito, pode apresentar um projeto de lei que milhões de cidadãos de um outro estado-membro não podem, sozinhos. É uma questão de representação e de cidadania política.

O problema da convivência da democracia direta com a representativa é uma questão fundamental. O que se passa é que nós teremos que repensar o problema da representação política no Brasil, além da questão da aristocracia democrática vivida, no País, a questão de super-representação, enfim o problema da cidadania política não isolada de uma “cidadania geral”.

Quando um eleitor do Acre vale 30 ou 40 eleitores paulistas, que representação é esta? É um aspecto que tem se der repensado. Mas não é só isso. Há que se pensar também acerca de uma melhoria das condições de influência política, o que passa pelo que unimato “cidadania geral”.

Outra questão interessante, dada a complexidade da política contemporânea diz respeito com perda do espaço público da política, na medida em que os temas

são muito complexos – Um parlamentar profissional, muitas vezes não decide de fato como se manifestar, são os assessores técnicos que decidem – e quantitativamente extensos.

Este é um problema a ser enfrentado neste mecanismo de participação direta; como viabilizar essa participação competente para tomada de decisão dada a complexidade da própria sociedade.

Hoje, poderíamos colocar um terminal de computador em cada casa e chamar o povo diretamente a participar nas tomadas de decisão, nós teríamos por um lado o problema qualitativo da questão e por outro lado a questão quantitativa: ter um tempo livre suficiente para nos dedicarmos à política. Voltaríamos à velha Atenas qualificada por uma cidadania alargada a todos.