

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

EDUARDO ALVARES DE OLIVEIRA

**A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÃO NORMATIVA: A função
do Tribunal Constitucional**

**BRASÍLIA/DF
2017**

EDUARDO ALVARES DE OLIVEIRA

**A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÃO NORMATIVA: A função
do Tribunal Constitucional**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

**BRASÍLIA/DF
2017**

Eduardo Alvares de Oliveira

**A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÃO NORMATIVA: A função
do Tribunal Constitucional**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Brasília-DF, 20 de dezembro de 2017.

Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, especialmente à minha esposa Andressa, pela paciência, companheirismo e, sobretudo, por ter renunciado a muitos momentos de lazer em detrimento desta pesquisa.

Ao meu orientador Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor que desde o início me incentivou e colaborou para o ingresso e conclusão do mestrado.

A todos os professores e colegas de mestrado, que de alguma maneira contribuíram para as reflexões e amadurecimento do pensamento, especialmente ao amigo Alex Lessa, pelos constantes debates.

RESUMO

A presente dissertação investiga a dificuldade em se garantir efetividade aos direitos fundamentais a prestações materiais ante a inércia legislativa em regulamentar as normas constitucionais de direitos fundamentais de eficácia limitada. E, a partir do reconhecimento da existência a um direito subjetivo à legislação, nas hipóteses de restrições aos direitos fundamentais por inércia do legislador ordinário, e considerando que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, investiga-se uma adequada arquitetura constitucional para a tutela desses direitos fundamentais. Pretende-se identificar o *design* constitucional adequado para tutelar o cidadão nesses casos de absoluta frustração do usufruto do direito fundamental por inércia do Legislador, incluindo o Tribunal Constitucional – ou Supremo Tribunal Federal no Brasil – como poder político apto e adequado para a composição de um conflito estabelecido entre Legislador e Constituição, que na verdade é identificado como uma insurgência do legislador ordinário em cumprir a Constituição.

Palavras-chave: Direitos fundamentais prestacionais. Omissão legislativa. *Design* constitucional adequado.

ABSTRACT

The present dissertation investigates the difficulty in guaranteeing effectiveness to the fundamental rights to material benefits before the legislative inertia in regulating the constitutional norms of fundamental rights of limited effectiveness. And, from the recognition of existence to a subjective right to the law, in the hypotheses of restrictions to the fundamental rights by inertia of the ordinary legislator, and considering that the fundamental rights are trumps against the majority, an adequate constitutional architecture is investigated for the guardianship fundamental rights. It is intended to identify the appropriate constitutional design to protect the citizen in these cases of absolute frustration of the usufruct of the fundamental right by inertia of the Legislator, including the Constitutional Court - or Federal Supreme Court in Brazil - as political power apt and suitable for the composition of a established conflict between Legislator and Constitution, which is actually identified as an insurgency of the ordinary legislator in complying with the Constitution.

Keywords: Beneficial fundamental rights. Legislative omission. Proper constitutional design.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 REGIME JURÍDICO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais.....	15
1.2 Classificação dos direitos fundamentais	24
1.2.1 Direitos originários e derivados a prestações.....	27
1.2.2 Direitos de defesa e direitos a prestações	30
1.2.3 Direitos a prestações em sentido amplo	33
1.2.3.1 Direitos a prestações em sentido estrito	34
1.2.3.2 Direitos a proteção	37
1.2.3.3 Direitos à organização e ao procedimento	38
2 DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITO SUBJETIVO	42
2.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais	43
2.2 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais	46
2.3 Restrições aos direitos fundamentais sociais.....	51
2.4 Direitos fundamentais a prestações materiais (fáticas) e a prestações normativas: alcance da dimensão subjetiva	58
3 O <i>DESIGN</i> CONSTITUCIONAL ADEQUADO À TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÃO NORMATIVA	76
3.1 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria.....	79
3.2 O papel do Tribunal Constitucional em uma concepção adequada da teoria da separação dos poderes	89
3.3 O Tribunal Constitucional como instância de tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa	98
3.4 Diálogo institucional cooperativo entre o Tribunal Constitucional e o Legislador Infraconstitucional	108
3.5 A atuação do Tribunal Constitucional: limites e possibilidades.....	114
CONCLUSÕES	122
REFERÊNCIAS	125
REFERÊNCIAS CONSULTADAS	128

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas tuteladas pelo Estado e integradas ao texto da Constituição e que, por sua relevância, são retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Para além disso, os direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico, através de um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucional que formam um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

O problema se inicia quando verificamos que, como vários dispositivos expressos na Constituição, as normas constitucionais de direitos fundamentais possuem limites e níveis de eficácia, dependendo de uma atuação do legislador ordinário.

É com base nessas premissas que nos propomos a analisar, no primeiro capítulo, os níveis de eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, bem como o significado e alcance das várias espécies de direitos fundamentais, inclusive os de prestação normativa - organização e procedimento.

Seguindo essa ordem, e considerando as várias dimensões e funções dos direitos fundamentais, imprescindível proceder a uma classificação básica das categorias desses direitos, primeiro em relação à “dicotomia” entre direitos de defesa e direitos a prestações, segundo quanto as espécies de direitos fundamentais a prestações, que podem ser: a) direitos a prestações em sentido estrito; b) direitos a proteção; c) direitos à organização e ao procedimento.

Com isso - e partindo do pressuposto de que nem toda norma constitucional de direito fundamental prestacional em sentido estrito possui eficácia plena, possibilitando que esse direito seja extraído diretamente do texto constitucional, e que a inércia legislativa pode acarretar a total frustração do usufruto do direito fundamental material previsto em âmbito constitucional -, no segundo capítulo

trataremos do problema primário da pesquisa, consistente em definir se, nestes casos de omissão do legislador ordinário, existiria um direito subjetivo a prestação normativa.

Nesse ponto, deve-se considerar que os direitos fundamentais a organização e procedimento são direitos instrumentários à concretização dos direitos fundamentais a prestações materiais, e que surgem como ferramentas procedimentais para a tutela desses direitos fundamentais.

No terceiro capítulo procuramos resposta para o problema central desta pesquisa: qual seria o *design* constitucional adequado para a tutela efetiva dos direitos fundamentais a prestação, na hipótese de omissão do legislador ordinário em regulamentar norma constitucional de direito fundamental a prestação material de eficácia limitada? Ou, sob uma ótica mais ampla: se seria possível, e em que medida, dentro dos limites da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito, um Tribunal Constitucional poderia contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais a prestação normativa, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais a prestação material?

Portanto, nesse capítulo avançaremos à procura de uma adequada arquitetura constitucional para a promoção dos direitos fundamentais prestacionais normativos, compatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito e da separação dos poderes.

E, partindo desse problema de pesquisa, vislumbramos, primeiro, duas hipóteses. A primeira, que o Tribunal Constitucional não poderia participar nesse processo de tutela dos direitos fundamentais a prestação, pois seria tarefa exclusiva do Legislador conformar e regular a norma constitucional de direito fundamental a prestação material de eficácia limitada. A segunda, que o Tribunal Constitucional poderia, diante da gravidade da situação que afeta o direito fundamental, de alguma maneira, colaborar para a colmatação dessa lacuna infraconstitucional que, em última hipótese, frustra o usufruto do próprio direito fundamental.

Já em momento posterior, caso admitida a segunda hipótese como verdadeira, podemos apontar, pelo menos, três hipóteses possíveis: a) o Tribunal

Constitucional deve se limitar a reconhecer a ausência de norma regulamentadora e declarar o direito a prestação normativa, remetendo ao legislador ordinário a sua decisão para que este promova, a seu livre critério, a regulamentação do direito fundamental a prestação material; b) o Tribunal Constitucional deve implementar o direito fundamental a prestação material, mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional, a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, estabelecendo os parâmetros para usufruto do direito fundamental previsto na Constituição; c) o Tribunal Constitucional deve reconhecer ausência da norma regulamentadora e declarar o direito a prestação normativa, iniciando um diálogo cooperativo com o fito de provocar, efetivamente, o legislador ordinário a sair da inércia e promover uma mínima regulamentação do direito fundamental a prestação material.

No entanto, é importante esclarecer que a construção teórica que pretendemos realizar, tem como finalidade exclusiva identificar uma concepção constitucionalmente adequada da teoria da separação dos poderes apta a contribuir na tutela e promoção dos direitos fundamentais a prestação material, na hipótese de ausência de regulamentação de norma constitucional de direito fundamental.

A presente pesquisa busca, por questões metodológicas, se limitar à análise das questões que envolvem a construção teórica de um *design* constitucionalmente adequado e os limites e possibilidades da atuação do Tribunal Constitucional para a tutela desses direitos fundamentais.

É importante registrar que não é nossa pretensão analisar os instrumentos institucionais inseridos na dogmática constitucional utilizados para combater a omissão legislativa geral.

Primeiro, porque pretendemos pesquisar os efeitos da omissão legislativa, apenas, no campo da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material, e não em todas espécies de omissão inconstitucional.

E, segundo, porque o nosso objetivo é revelar concepções teóricas adequadas e aptas a influenciar a dogmática constitucional de tutela dos direitos fundamentais, e não o inverso.

Por fim, a finalidade última da presente pesquisa é buscar revelar concepções teóricas viáveis e aptas a tutelar efetivamente os direitos fundamentais a prestação material.

1 REGIME JURÍDICO DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais representam um conjunto de valores, consagrados através de princípios e regras constitucionais, que ao final indicam um modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito, em que há proteção desses valores fundamentais, limitação e separação dos poderes. Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com lutas dos povos e, no ápice, são protegidos pelas Constituições.

Esses direitos são tão relevantes para o constitucionalismo contemporâneo que o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹.

Nesse compasso e reconhecendo a importância dessa categoria de direitos dos povos, Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 77), define direitos fundamentais 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), integradas 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 (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Em breve retrospectiva, é possível constatar que a partir da revolução francesa institui-se o núcleo material das Constituições escritas, com cunho eminentemente liberal-burguês, pois fundado na noção de limitação dos poderes estatais, mediante a garantia de direitos fundamentais negativos e o princípio da separação dos poderes, estabelecendo a relação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. O pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho eminentemente individualista, posiciona-se como um espaço individual intransponível, instituindo direitos do indivíduo frente ao Estado, especificamente

¹ *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*

como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder (SARLET, 2012, p. 46-47).

No entanto, no decorrer do século XIX, e verificados os primeiros resultados do modelo liberal-burguês – sobretudo os impactos da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que o acompanharam -, inicia-se um movimento para constitucionalizar meios de garantir a igualdade material entre os cidadãos, ou seja, procura-se um modelo social de Estado, em que se atribui a este Estado o dever de comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2012, p. 47)².

Nos estados com sérios problemas de exclusão social - geralmente derivados de dificuldades e desequilíbrios no desenvolvimento e crescimento econômico da nação -, onde as questões sociais dificultam a construção de um Estado de Direito e de uma democracia fortalecidos, precisam se dedicar de maneira especial à solução das questões relacionadas às desigualdades sociais. Essa é uma característica dos países da América Latina, que por esta razão enfrentam um grande desafio no que toca a efetividade dos direitos fundamentais a prestação material.

Soma-se a essa dificuldade, a percepção de que os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, têm sido subtraídos da dogmática jurídico-constitucional e deslocado para as teorias da justiça e que essa transferência vem alicerçada em “teoria como paixão”, gerando nebulosidade e imprecisões, dificultando a construção de um regime jurídico-normativo para a tutela dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008c, p. 116-117).

O doutrinador Canotilho (2008c) nos adverte que a juridicidade dos direitos sociais encontra-se, atualmente, em posição bastante desconfortável, devido à utilização de uma metodologia *fuzzy* no tratamento dos direitos econômicos, sociais

² A título de esclarecimento e trazendo essas tendências mundial para o Direito brasileiro, Paulo Bonavides (1992 *apud* SARLET, 2012, p. 185) propõe que: “a evolução constitucional brasileira fosse dividida em três fases: a) o constitucionalismo monárquico (1822-1889), de inspiração marcadamente francesa e inglesa; b) o constitucionalismo da Primeira República (1891-1930), caracterizado pela adoção do modelo federal e presidencialista americano; e c) o constitucionalismo social (desde 1934), que sofreu forte influência da Constituição de Weimar e, embora em menor escala, da Lei Fundamental de Bonn (1949)”.

e culturais³. Em outras palavras, há uma nuvem de fumaça que paira sobre a doutrina dos direitos sociais, dificultando o seu reconhecimento e desenvolvimento.

Há camaleões normativos a impor instabilidade e imprecisão em eventual sistema normativo de tutela dos direitos fundamentais, a causar confusão entre conteúdo de um direito, juridicamente definido e determinado, e a sugestão de conteúdo, sujeita, portanto, a modelações político-jurídicas cambiantes (CANOTILHO, 2008c, p. 100-101).

Por essas e outras dificuldades é que os direitos fundamentais sociais devem ser tratados com foco no campo jurídico-normativo, buscando imuniza-lo das influências ideológicas, filosóficas ou políticas. Isso porque, ao permitir a mesclagem entre os aspectos político e jurídico – no campo dos direitos fundamentais – corremos o risco de adotar posições não como resultado de um trabalho hermenêutico sério e refletido sobre as normas constitucionais e as teorias da ciência jurídica, mas como resultado de uma ideologia de valorização extremada da eficácia dos direitos fundamentais, consistente em uma simplificação do quanto mais melhor (NOVAIS, 2016, p. 23-29)⁴.

Por isso defendemos a imprescindibilidade da instituição de um regime jurídico-normativo de direitos fundamentais, que inclua todas as categorias desses direitos. É preciso sistematizar uma dogmática unitária, inclusiva de todas as espécies de direitos fundamentais, baseada na ideia de jusfundamentalidade uniformemente aplicável a todos os direitos constitucionais, de liberdade ou sociais, que possa resultar em uma análoga vinculação jurídica dos poderes públicos, e cuja atuação ou omissão possa ser controlada judicialmente (NOVAIS, 2016, p. 18).

³ Em inglês “*fuzzy*” significa “coisas vagas”, “indistintas”, indeterminadas. Segundo Canotilho (2008c, p. 99): “Por vezes, o estilo ‘*fuzzysta*’ aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da ‘vagueza’, ‘indeterminação’ e ‘impressionismo’ que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de ‘*fuzzysmo*’ ou ‘metodologia fuzzy’”.

⁴ Na instalação de uma Assembleia Constituinte o povo vive um momento de euforia, de verdadeira revolução, onde a ideologia, a emoção, a vontade de romper com o passado, impõe a inclusão no texto constitucional de elevada carga ideológica. No entanto, passado o momento de euforia e reafirmação ideológica, seguimos com a Carta Magna, com seu conteúdo jurídico-normativo e, portanto, sujeita aos limites da ciência jurídica.

Nessa ordem de ideias reconhecemos que o conjunto de normas constitucionais que abrigam direitos fundamentais - das mais variadas espécies e categorias - deveria constituir um regime jurídico-constitucional de direitos fundamentais.

Além disso, entendemos que ao lado desse regime jurídico-constitucional, temos um outro conjunto de normas infraconstitucionais que garantem densidade e conformação às normas constitucionais e que constitui um regime jurídico-normativo infraconstitucional de direitos fundamentais, e que ambos os sistemas se completam, formando então um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

No entanto, não é possível desprezar que cada espécie e categoria de direito fundamental previsto na Constituição encontrará suas peculiaridades em respeito ao nível de eficácia e exigibilidade, alguns, como veremos, com eficácia direta e imediata e outros que impescindem de complementação infraconstitucional.

Isso porque, mesmo os direitos fundamentais fazendo parte de um regime especial de tutela é preciso respeitar os limites impostos pela ciência do Direito e pela hermenêutica jurídica, bem como as limitações da teoria de separação dos poderes.

Afinal, cada espécie de direito fundamental positivado na Constituição - direito de liberdade ou social - possui característica própria relacionada a uma diversidade de funções e deveres estatais⁵.

⁵ Com o estudo das dimensões dos direitos fundamentais, reconhecendo que ora atendem a uma faceta objetiva, ora a uma subjetiva, e que os direitos fundamentais podem atender a dimensões que exigem ação (direitos positivos) ou omissão (direitos negativos) do Estado, dentre outras posições jurídicas passíveis de serem extraídas dos direitos fundamentais, fácil perceber a sua *multifuncionalidade*. Bleckmann (1997 *apud* SARLET, 2012, p. 156) cita doze funções distintas: a) direitos de defesa; b) direitos de participação ou quota-parte; c) garantias institucionais; d) garantias procedimentais; e) direitos fundamentais como ordem de valores; f) direitos fundamentais como normas objetivas; g) direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; h) direitos fundamentais como normas de conduta social; i) direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; j) direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; l) função legitimadora dos direitos fundamentais; e, m) função pacificadora e de parâmetro de justiça. Na verdade, há muito os direitos fundamentais não se restringem à sua clássica função de proteger o cidadão dos arbítrios do Estado. Atualmente, é possível extrair dos direitos fundamentais além da sua função de defesa, própria do Estado liberal-burguês, uma exigência genérica de fomento da liberdade. Os direitos fundamentais concebidos como encargos sociais jurídico-constitucionalmente vinculativos, passam a legitimar e fundamentar a atuação do Estado, impulsionando e dirigindo as diversas funções do Estado (NOVAIS, 2003, p. 74-75).

Porém, o mais relevante é contribuir para a identificação de elementos para a fixação desse regime jurídico-normativo de tutela dos direitos fundamentais, sobretudo no que toca a tutela dos direitos fundamentais a prestação material e, necessariamente, a prestação normativa.

1.1 Eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais

E, o primeiro ponto que deve ser analisado na construção desse regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais é exatamente as limitações quanto à eficácia das normas constitucionais que abrigam esses direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, enquanto materialização jurídica dos direitos humanos, sempre estarão positivados em normas jurídicas. E, a partir do momento em que o Estado reconhece e positiva o direito fundamental, devemos passar a analisar o nível de eficácia dessa norma.

Na esteira do preconizado por José Afonso da Silva, reconhecemos que todas as normas constitucionais de direitos fundamentais são aptas a produzir efeitos jurídicos – eficácia –, nem que seja em seu grau mínimo (SILVA, 2012).

No mínimo a norma de direito fundamental terá aptidão para invalidar qualquer dispositivo legal que lhe contrarie, ou conferirá parâmetro para interpretação conforme a Constituição, ou ainda, será apta para impor uma abstenção por parte do Estado na esfera individual do cidadão. Enfim, toda a norma constitucional de direito fundamental – qualquer espécie de direito fundamental – terá eficácia mínima, representada pela perspectiva objetiva e negativa.

Assim, percebemos que todas as normas constitucionais de direitos fundamentais são aptas a produzir efeitos jurídicos – eficácia –, nem que seja em seu grau mínimo (perspectiva objetiva e de defesa), podendo, no entanto, sofrer

algum tipo de restrição e, às vezes, depender de regulamentação para tornar-se totalmente eficaz⁶ e exigível pelo titular do direito fundamental.

Atendendo à finalidade deste trabalho e por questões metodológicas, nos limitamos a mencionar que as normas constitucionais de direitos fundamentais podem ser de eficácia plena ou de eficácia limitada, a depender da prescindibilidade de regulação pelo legislador infraconstitucional para conferir eficácia máxima – ou efetividade – e tornar o direito tutelado (direitos positivos ou negativos) exigível judicialmente pelo seu titular⁷.

Então, tanto as normas de direitos fundamentais de defesa quanto as de prestações – ou direitos negativos ou positivos – possuem eficácia mínima quanto ao dever de abstenção do Estado ou cidadãos de interferir na esfera individual do ser humano, quanto à necessidade de interpretação do ordenamento infraconstitucional em conformidade com aqueles direitos fundamentais e possibilidade de excluir do sistema normativo normas contrárias àqueles direitos.

No entanto, algumas normas de direitos fundamentais terão eficácia plena, quando a obrigação do Estado perante o cidadão puder ser exigida judicialmente, ou

⁶ Neste ponto, poderíamos até utilizar a expressão “efetividade” para conferir o último grau de eficácia à norma constitucional. No entanto, preferimos utilizar a expressão “eficácia” seguindo a tradição lançada por José Afonso da Silva (2012). Porém, a título de esclarecimento lembramos que Luís Virgílio Afonso da Silva (2014), ao criticar a posição de José Afonso da Silva, destaca que não é possível excluir a efetividade do campo jurídico-dogmático já que trata-se de fenômeno relacionado aos efeitos das normas constitucionais. Justificando seu posicionamento, Silva (2014, p. 239-240) afirma que: “José Afonso da Silva, na introdução de sua monografia, restringe seu objeto de estudo e exclui dele o problema de saber se a norma constitucional produz efetivamente seus efeitos. Segundo ele, ‘isso já seria uma perspectiva sociológica’, e seu tema ‘se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica’. No entanto, como se pretendeu demonstrar nos tópicos anteriores, as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são parte do fenômeno jurídico. Mais que isso: fazem parte do objeto de estudo da dogmática jurídica – sobretudo em sua dimensão empírica”.

⁷ Para José Afonso da Silva (2012, p. 100, 123 e 135), são normas constitucionais de eficácia plena “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”, ao passo que as normas constitucionais de eficácia limitada podem ser de princípio institutivo que são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei” e normas de princípio programático que seriam “as normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

seja, quando houver um direito subjetivo definitivo a obter algo e previsão expressa do titular, do objeto e do sujeito obrigado. Nestas hipóteses, a norma constitucional de direito fundamental esgota em si mesma, prescindindo de intervenção legislativa posterior.

Por outro lado, outros efeitos das normas constitucionais de direitos fundamentais poderão depender de intervenção do legislador infraconstitucional, que conferirá condições jurídicas e fáticas de serem exigidas judicialmente pelo seu titular, sendo, até então, normas de eficácia limitada.

Assim, em síntese, podemos afirmar que todas as normas constitucionais de direito fundamental possuem eficácia mínima, sendo que poderão ainda ser de eficácia plena ou eficácia limitada, a depender da prescindibilidade de intervenção legislativa infraconstitucional.

Há uma tendência em se relacionar as normas de eficácia plena às liberdades públicas e direitos políticos e as normas de eficácia limitada aos direitos sociais. No entanto, essa relação não é estática e necessária (SILVA, 2014, p. 232).

É possível identificar normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito que tenham eficácia plena, ao passo que podemos identificar normas constitucionais de direitos fundamentais de defesa que dependam de regulamentação. A definição irá depender da estrutura normativa positivada na Constituição⁸.

⁸ Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 237-238), chama a atenção para a única distinção real entre as espécies de direitos fundamentais: enquanto as condições – institucionais, legais, materiais etc. – de produção de efeitos dos direitos individuais (negativos), em geral, já existem, as mesmas condições para a produção de efeitos dos direitos sociais (prestacionais) e de outras normas de chamada eficácia limitada ainda não existem. Conf. Robert Alexy (2011), que também aponta que sempre é levantada a objeção de uma justiciabilidade deficiente dos direitos fundamentais sociais. Para o autor essa objeção deve ser rejeitada na medida em que se constata que esses problemas não se distinguem, na essência, daqueles que existem no campo dos direitos fundamentais negativos. Sustenta que “a existência de um direito não pode depender exclusivamente de sua justiciabilidade, não importa como ela seja definida” (p. 514). Conf. Ingo Sarlet (2012, p. 201 e 289-290), para quem existem diferenças sensíveis entre os direitos de defesa e os direitos a prestações materiais, que não se limitam apenas ao seu objeto (deveres de abstenção ou de ação), mas também que se revelam no campo da densidade normativa e da eficácia na norma constitucional um problema crucial para o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações materiais estatais. Para o referido autor enquanto a maior parte dos direitos de defesa não têm a sua aplicabilidade questionadas, os direitos sociais prestacionais, que necessitam de concretização legislativa e dependem de disponibilidades de natureza socioeconômica, sofrem críticas quanto à sua eficácia e imediata aplicabilidade.

Se a norma constitucional for suficiente para definir e reger a relação jurídica entre cidadão e Estado, teremos eficácia plena, caso contrário, teremos eficácia limitada, tendo ambas, no entanto, eficácia mínima.

E, considerando que o objeto deste trabalho é a análise da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais que consagram direitos à prestações materiais, não podemos deixar de observar que pela própria natureza e origem dos direitos sociais, a proteção implica em uma exigência de ações estatais e que o âmbito de proteção desses direitos corresponderia a um “realizar direitos”, o que influencia, diretamente, na eficácia das normas constitucionais que abrigam esses direitos fundamentais. Isso porque, nessa esteira, é possível afirmar que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito, ou seja, um fazer⁹.

Diferentemente do que geralmente ocorre com os direitos de defesa, ou negativos, em que basta o Estado deixar de agir no âmbito protegido pela autonomia individual do sujeito para que a norma constitucional de direito fundamental alcance seu grau máximo de eficácia.

⁹ Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 77): “Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, intervir significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: intervir, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente”. Complementa o autor que: “Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito” (SILVA, 2014, p. 251). Em conclusão, afirma o autor que: “Isso passaria a exigir – essa é a hipótese que aqui se defende – um diálogo constitucional entre os três poderes. É claro que isso também exigiria que a separação rígida de poderes, na forma como muitas vezes é defendida no Brasil, fosse repensada. Não é o caso de fazer isso aqui, já que abriria um tema paralelo. Mas a simples ideia de que a não-realização de algo exigido é equivalente a uma restrição, e que exige fundamentação, pode ser um primeiro passo para uma proteção mais eficiente ou, pelo menos, para uma maior transparência no trato dos direitos fundamentais” (SILVA, 2014, p. 251). Em outra passagem, sustenta que: “[...] juízes não devem distribuir medicamentos ou benefícios similares aos indivíduos, eles devem estar aptos a canalizar pretensões individuais e, em uma espécie de processo de diálogo constitucional, exigir justificações objetivas e transparentes acerca da alocação de recursos públicos por meio de políticas públicas, de forma a poder, sempre que necessário, discutir e contestar tais alocações com os poderes políticos” (SILVA, 2014, p. 251).

Desta forma, os conceitos de âmbito de proteção e restrição aplicáveis às normas constitucionais de direitos fundamentais a prestações materiais devem ser invertidos¹⁰.

Assim, verificamos que a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais e a inversão dos conceitos de âmbito de proteção e restrições se inserem em um contexto que impacta diretamente na disciplina constitucional e no pensamento sobre a separação dos poderes.

Por outro lado e, analisando sob outra perspectiva esse dever estatal de conferir eficácia às normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material, percebemos que é preciso considerar que a prestação devida pelo Estado poderá sofrer inúmeras variações.

Lembra-nos Canotilho (2003, p. 473) que a proteção dos direitos sociais dependem de um conjunto de condições, denominadas pressupostos de direitos fundamentais, que seriam um conjunto de fatores (capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino etc.) que condicionariam, de forma positiva ou negativa, a existência e proteção dos direitos sociais¹¹.

Nessa perspectiva, deve o legislador proceder a escolhas trágicas, decidindo em que medida será atendida as necessidades do cidadão no campo prestacional do Estado (MENDES, 2012, p. 465). Essas escolhas sobre alocação de recursos

¹⁰ Entendemos que restrição e regulação de direito fundamental devem ser tratados como fenômenos da mesma natureza, ou seja, é preciso reconhecer que toda restrição é uma regulação e vice-versa. Isso porque restringir o direito fundamental é impor limites a um direito *prima facie*, e regular o exercício do direito implica excluir desse âmbito o que a regulação deixar de permitir. Conf. Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 209). Entendemos, também, que toda norma constitucional que veicular um direito fundamental poderá ser objeto de restrição ou regulação. Nesse ponto Virgílio Afonso Silva (2014, p. 227): “Como se viu, a partir do pressuposto teórico da teoria dos princípios e do conteúdo essencial relativo, do suporte fático amplo e da teoria externa, os direitos fundamentais não podem ser considerados irrestringíveis. Restrições ocorrem diuturnamente na atividade do legislador ordinário, e às vezes até mesmo por ato entre particulares”. Em outra passagem o autor afirma que: “[...] não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição” (SILVA, 2014, p. 230).

¹¹ Por isso afirma Sarlet (2012, p. 260) que: “os direitos a prestações (de modo especial os que têm por objeto prestações materiais) não raras vezes são positivados expressamente sob a forma de normas programáticas, normas-objetivo, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir – ao menos em princípio e, em se partindo de uma perspectiva meramente textual – uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade”.

são opções políticas e guardam relação com a conformidade do legislador. É o que alguns denominam de reserva do politicamente adequado ou oportuno, ou seja, quando existe uma margem de avaliação a cargo dos tomadores de decisões políticas e, particularmente, do legislador democrático, a qual o juiz não pode ignorar (NOVAIS, 2016, p. 145).

No entanto, esse poder de conformidade legislativa infraconstitucional não importa na permissibilidade de uma inércia do legislador em promover minimamente a regulação desses direitos fundamentais prestacionais abrigados pela Constituição¹².

O legislador deve, partindo do comando positivado na Constituição, iniciar um processo de regulamentação daquele direito fundamental, fomentando, desta maneira, o diálogo institucional.

Parte dos direitos sociais seriam, portanto, indeterminados no plano constitucional, devido ao fato da necessidade de se observar a reserva do possível, sendo razoável o Constituinte delegar ao poder constituído o dever jurídico de realização do direito social de forma gradual e diferida no tempo por parte do Estado, respeitando a disponibilidade e as circunstâncias de cada momento (NOVAIS, 2016, p. 164).

Pois bem, ainda sobre eficácia, entendemos ser impossível tratar de eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais no Brasil sem observar, ou

¹² Ao discorrer sobre a dependência legal dos direitos constitucionais sociais Canotilho (2008a, p. 104-105), afirma que: “Um terceiro paradoxo é este: sob o ponto de vista jurídico-constitucional e jurídico-dogmático os ‘direitos sociais’ estão hoje na mesma situação em que estavam os direitos, liberdades e garantias individuais há mais de cinquenta anos. Se, nessa época, a conhecida ‘teoria da regulamentação das liberdades’ implicava tornar a eficácia dos direitos individuais dependente da interpositivo legislatoris, também agora se insiste na tese de que o legislador tem uma completa liberdade de conformação e, por isso, sem a intervenção constitutiva da lei ‘não existem’ direitos sociais. A viragem condensada na conhecida fórmula ‘não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais’ não pode, a nosso ver, transferir-se de plano, para o domínio dos direitos económicos, sociais e culturais, pois isso traduzir-se-ia em admitir sem reticências a aplicabilidade imediata destes direitos, tese que nem o approach mais ‘absolutista’ ousará defender. No entanto, os resultados desta dependência legal dos direitos sociais não deixarão de ser desconsoladores. Os direitos sociais mais não são do que pretensões legalmente reguladas. O legislador determina o que é um direito social, mas ele não está vinculado a direitos social”.

levar em consideração, o teor da previsão expressa do § 1º do art. 5º da Constituição¹³.

Portanto, se torna questão crucial a definição da extensão e do alcance desse dispositivo constitucional, ou seja, se realmente todas as normas constitucionais de direitos fundamentais têm condição de irradiar eficácia plena e imediata, independentemente, de regulamentação infraconstitucional. Neste ponto, encontramos posições diametralmente opostas.

Por um lado temos aqueles que defendem a aplicação imediata, direta e incondicional, de todas as normas constitucionais que abrigarem direitos fundamentais, de qualquer espécie, natureza ou função (aplicação irrestrita do art. 5º, § 1º da Constituição). E por outro lado, temos aqueles que sustentam que nenhum direito fundamental poderá ser imediatamente aplicado sem a devida regulação legislativa infraconstitucional (SARLET, 2012, p. 263-264).

No entanto, temos que reconhecer que em relação ao nível de eficácia da norma constitucional de direito fundamental não podemos aderir a uma posição extremada, pois devemos nos guiar pelo desapego a posições ideológicas e pelo respeito aos limites instrumentários da ciência do Direito.

Não podemos, apenas por posição ideológica, defender uma ou outra corrente. É preciso verificar o nível de densificação da norma constitucional e analisar detidamente o conteúdo do texto normativo para, a partir do texto, tentar extrair todos os elementos necessários para a plena e imediata eficácia da norma constitucional. Só assim será possível sustentar se determinada norma jurídica constitucional é, ou não, imediatamente aplicável.

Com isso, já é possível afirmar que a previsão normativa do art. 5º, § 1º da Constituição não é capaz de, por si só, garantir que todas as normas constitucionais de direitos fundamentais sejam imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia (SARLET, 2012, p. 261-274; CANOTILHO, 2011).

¹³ Prevê o referido dispositivo legal que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Primeiro, porque nem toda norma constitucional de direito fundamental – qualquer que seja a sua função - possui conteúdo e estrutura completa, capaz de conferir um direito subjetivo definitivo ao cidadão, exigível judicialmente do Estado. Ou seja, em que pese ter eficácia mínima (de conformação interpretativa e obstativa de intervenção do Estado ou de terceiros, por exemplo) a norma constitucional pode carecer de *interpositio legislatoris*.

Segundo, que o disposto no § 1º do art. 5 da Constituição não pode alterar a natureza das normas jurídicas – ou a natureza das coisas -, ao passo que se uma norma constitucional depende de regulamentação infraconstitucional para definir o conteúdo, forma e usufruto do direito fundamental, não será outra norma constitucional que lhe conferirá gozo imediato¹⁴.

Terceiro, que do próprio sistema de controle das omissões inconstitucionais podemos verificar que há ferramentas – talvez nem tão eficazes – para lidar com essa disfunção no sistema normativo-constitucional. Trata-se das ações de controle de constitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, as quais visam conferir eficácia máxima às normas constitucionais, sobretudo diante da inércia do legislador infraconstitucional.

A previsão de um sistema de controle de constitucionalidade por omissão é a prova cabal da existência de normas constitucionais de direitos fundamentais sem eficácia plena e dependente de uma atividade legislativa infraconstitucional.

Sob outra ótica, percebe-se, ainda, uma tendência em garantir, com maior facilidade, a aplicação do art. 5º, § 1º da Constituição às normas constitucionais de direitos fundamentais de defesa – pois basta exigir a abstenção do Estado -, ao passo que se negaria aplicação às normas constitucionais de direitos a prestações.

¹⁴ Neste ponto, sábias são as palavras de Canotilho (2011, p. 5): “O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de *interpositio legislatoris*. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, § 1º, da CF/1988 a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais”.

Porém, seguindo a mesma ordem de ideias, temos que o § 1º do art. 5º da Constituição, em regra, assume um significado diferenciado em relação aos direitos de defesa, mas que, em decorrência da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, esse significado especial pode também recair sobre direitos fundamentais sociais.

Isso porque é possível constatar que as denominadas liberdades sociais equivalem - em virtude de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa - aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, exigindo, tão somente, uma abstenção do Estado ou de terceiros, dispensando, portanto, a necessidade de regulamentação legislativa e gerando um direito subjetivo ao seu titular (SARLET, 2012, p. 276).

É exatamente por isso que sustentamos que o importante não é classificar os direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos de igualdade, ou direitos de primeira e segunda dimensões, mas sim classifica-lo segundo sua função primordial e sua completude estrutural (função de defesa ou função prestacional; norma que depende de regulamentação ou autoaplicável)¹⁵.

Na linha desse raciocínio entendemos razoável sustentar que a norma descrita no art. 5º, § 1º da Constituição possui natureza de mandado de otimização (ou maximização), tratando-se de norma de cunho principiológico, a qual impõe ao Estado a obrigação de reconhecer a maior eficácia possível dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 270).

Além disso, é possível atribuir, a partir do referido dispositivo constitucional, uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, de sorte que eventual recusa de aplicação imediata deve ser fundamentada (SARLET, 2012, p. 271-272).

Posto isso, é fácil perceber que as normas constitucionais de direitos fundamentais possuem um mínimo nível de eficácia, mas que, nem mesmo o § 1º do art. 5º da Constituição Federal é capaz de garantir-lhes força normativa plena e

¹⁵ Conf. NR 5.

imediate. É preciso respeitar a estrutura normativa do dispositivo legal-constitucional para verificar, em cada caso, a possibilidade de se extrair, diretamente da Constituição, o direito pretendido pelo cidadão.

Isso se torna ainda mais evidente quando estamos a tratar dos direitos fundamentais à prestação material, em que o âmbito de proteção do direito circunscreve-se em uma ação estatal e que a restrição ao direito transmuda-se, exatamente, na omissão do Estado em conferir regulamentação ao disposto na Constituição. Ou seja, nessas hipóteses em que o direito fundamental é veiculado por norma constitucional de eficácia limitada, reconhecemos a necessidade de atuação legislativa infraconstitucional para conferir plena eficácia à norma constitucional, sob pena do direito restar absolutamente frustrado pela inércia estatal.

Por isso que destacamos a dificuldade de garantir exequibilidade direta da Constituição dessa espécie de norma, já que impossível extrair do texto constitucional direito fundamental reconhecido mas que depende de regulamentação infraconstitucional.

E, para uma melhor compreensão dos níveis de eficácia das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais, se mostra necessária uma análise minuciosa das várias espécies e categorias de direitos fundamentais.

1.2 Classificação dos direitos fundamentais

Preliminarmente, é preciso registrar a complexidade teórica que envolve tentativas de classificar os direitos fundamentais e as normas que os veiculam, e a dificuldade em se estabelecer uma classificação sistematizada e calcada em critérios objetivos e funcionais.

Podemos apontar as principais dificuldades que se apresentam: a) a multifuncionalidade exercida pelos direitos fundamentais. As normas constitucionais

que abrigam direitos fundamentais podem, ao mesmo tempo, ser utilizadas como defesa do cidadão contra ações estatais (exigibilidade de abstenção) e, ao outro extremo, conferir uma obrigação ao estado, um dever de agir (exigibilidade de ação); b) a complexa estrutura das normas constitucionais que disciplina os direitos fundamentais. É possível perceber que as normas constitucionais que possui conteúdo de direito fundamental, com frequência, apresentam uma estrutura complexa, isto é, com baixa densidade normativa, formada por cláusulas abertas e conceitos indeterminados, o que dificulta a tarefa do intérprete de extrair da norma constitucional algo objetivamente definível e diretamente exigível pelo titular do direito; c) peculiaridades de cada ordem constitucional, ou seja, é preciso reconhecer que cada Constituição, definida no tempo e no espaço, poderá trazer uma forma distinta de categorizar, definir e proteger os direitos fundamentais (ex.: a proteção dos direitos sociais em Portugal e na Alemanha são distintos, e ambos possui peculiaridades em relação ao tratamento dado pela Constituição brasileira) (SARLET, 2012, p. 159-162).

Enfim, em regra, definir a espécie de direito fundamental extraível da norma constitucional não é tarefa fácil e passível de obter unanimidade. Isso porque, na esteira da afirmação supra, cada Constituição apresenta sua peculiaridade quanto a distribuição dos direitos fundamentais no seu texto, os dispositivos constitucionais que abrigam os direitos fundamentais podem permitir a extração de inúmeras normas constitucionais e que, considerando a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, essas normas podem representar espécies distintas de direitos fundamentais.

Ou seja, um mesmo dispositivo constitucional pode abrigar direitos fundamentais negativos e positivos, e dentre esses um direito fundamental à prestação material que somente será usufruído através da implementação do direito fundamental normativo.

Isso posto, reconhecendo a dificuldade da tarefa e os limites impostos nesta pesquisa, resolvemos, por questões metodológicas, delimitar a classificação para este trabalho.

Primeiro, a classificação a ser adotada deverá se dar em um campo abstrato, teórico, sem relação imediata, pelo menos *a priori*, com os dispositivos do texto constitucional. Ao classificar os direitos fundamentais não estaremos atrelados à classificação dada pelo Constituinte de 1988 e muito menos ao conteúdo dos textos normativos.

Porém, isso não nos impede de, no decorrer do desenvolvimento do trabalho, excepcionalmente, buscarmos promover a relação entre a classificação teórica com os direitos fundamentais postos pelo Constituinte, de forma a tentar contribuir para uma interpretação dos dispositivos constitucionais segundo os critérios de classificação estabelecidos.

Segundo, alguns critérios classificatórios encontrados na doutrina deverão, também por questões metodológicas, ser excluídos de plano. Isso porque, como será demonstrado, a classificação proposta seguirá critérios a fim de estabelecer, de forma minimamente segura, a natureza jurídica da obrigação estatal a prestação normativa como direito fundamental, ou seja, a classificação adotada neste trabalho terá por finalidade distinguir, teoricamente, as várias espécies de direitos fundamentais a fim de definir a natureza de determinada categoria.

Assim, veremos que a distinção pura e simples entre direitos de liberdade e igualdade não é suficiente para superar a dificuldade em se conferir exigibilidade imediata do direito fundamental, independentemente de regulamentação legislativa, pelo titular do direito constitucionalmente protegido. Da mesma forma é o agrupamento dos direitos fundamentais de acordo com as gerações (ou dimensões). O mesmo ocorre com a classificação entre direitos civis, políticos e sociais.

Ademais, como a classificação a ser adotada neste trabalho poderá dialogar com a maneira que o Constituinte brasileiro inseriu os direitos fundamentais na Constituição de 1988, entendemos que importar a classificação adotada por outras Constituições não seria adequada, a exemplo da Constituição portuguesa de 1976 que divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos, os direitos, liberdades e garantias (Título II) e os direitos econômicos, sociais e culturais (Título III).

Importante ressaltar que será fundamental relacionar as diversas categorias, na classificação dos direitos fundamentais, com os níveis de eficácia das normas constitucionais, a fim de garantir a devida coerência e higidez ao sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Por fim, advertimos que considerando o caráter eminentemente teórico da classificação - sem compromisso com, nesse primeiro momento, as escolhas do Constituinte -, certamente as categorias de direitos fundamentais previstas na Constituição serão deslocadas (direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais, direitos políticos etc.), caso seja realizada uma tentativa de aplicação da classificação ao conteúdo normativo. Até porque, não podemos descurar de que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais exige essa flexibilidade, ao passo que devemos admitir que um mesmo dispositivo constitucional poderá veicular direitos fundamentais de variadas espécies.

Estabelecidas essas premissas iniciais, temos que os direitos fundamentais podem ser classificados em dois grupos: a) direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; b) direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Este segundo grupo pode ser dividido em dois subgrupos: 1) direitos a prestações em sentido amplo: 1.1) direitos de proteção; 1.2) direitos à participação na organização e procedimento; 2) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais) (SARLET, 2012, p. 162-208; ALEXY, 2011, p. 433-511; CANOTILHO, 2003, p. 406-409).

1.2.1 Direitos originários e derivados a prestações

Em complemento à classificação dos direitos fundamentais e para melhor compreensão do que será exposto, não podemos nos esquecer que há direitos fundamentais extraídos diretamente da Constituição e outros que somente são exigíveis através de norma regulamentadora.

A doutrina constitucional costuma distinguir direitos fundamentais prestacionais entre originários e derivados, classificação que coincide com nossa ideia de instituição de um regime jurídico-constitucional de direitos fundamentais e um regime jurídico-normativo infraconstitucional de direito fundamental, que se complementam para integrar um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

Os direitos originários a prestações podem ser definidos como aqueles que são reconhecidos como direito subjetivo a prestação material a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer mediação legislativa infraconstitucional (SARLET, 2012, p. 299-300). Essa definição coincide com a ideia de normas constitucionais de eficácia plena e imediatamente exigíveis¹⁶.

Os direitos derivados a prestações são aquelas posições jurídico-prestacionais já concretizadas pelo legislador, possibilitando o seu exercício como direito subjetivo nos termos de lei regulamentadora (SARLET, 2012, p. 300). São os direitos fundamentais extraível da regulamentação infraconstitucional da Constituição¹⁷.

Assim, temos que os direitos originários a prestações são extraídos diretamente das normas constitucionais, sem necessidade de atuação legislativa infraconstitucional, haja vista a autossuficiência da norma, ao passo que os direitos

¹⁶ Segundo Canotilho (2003, p. 477): “Com base na indiscutível dimensão subjectiva dos direitos “sociais” afirma-se a existência de **direitos originários a prestações** quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”. Esclarece o autor português que essa definição dos direitos originários a prestações expõe um problema fundamental, qual seja, a de que nem todos os direitos económicos, sociais e culturais são *self-executing*, sendo que alguns dependem de uma atividade mediadora dos poderes públicos, razão pela qual alguns constitucionalistas negam a configuração dos direitos a prestação como verdadeiros direitos (CANOTILHO, 2003, p. 477-478) (grifo do autor).

¹⁷ Segundo Canotilho, (2003, p. 479): “Com base estes pressupostos, alude a doutrina a **direitos derivados a prestações** (*derivative Teilhaberecht*) entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de “guarda de flanco” (J. P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido” (grifo do autor).

derivados a prestações nascem de uma intervenção legislativa para densificar o conteúdo do direito fundamental¹⁸.

Atualmente, temos que os direitos originários e os direitos derivados formam um conjunto normativo complexo, o qual conforma o direito fundamental que se inicia na Constituição e recebe exequibilidade no ordenamento infraconstitucional¹⁹.

Os direitos a prestações derivados de criação legal seria o resultado da atuação do legislador ordinário, na observância não apenas da reserva do possível, mas de todas as reservas que possam afetar os direitos sociais. Por isso, revela-se destituída de fundamento teórico e constitucional a posição que recusa a natureza jusfundamental desses direitos e, conseqüentemente, dos direitos sociais.

Na esteira do desenvolvido neste trabalho, defendemos a existência de um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais, composto tanto por normas constitucionais quanto por normas infraconstitucionais, formando um complexo

¹⁸ Jorge Reis Novais (2016, p. 168) critica a importação acrítica desse conceito para Portugal e para o Brasil. Sua crítica inicia na própria nomenclatura utilizada. Segundo o autor: “Procuramos com esta expressão (“direitos a prestações derivados da lei”) escapar a uma tradução menos feliz, mas que fez escola entre nós. Normalmente, na tradução portuguesa as expressões alemãs “*originäre Leistungsansprüche*” e “*derivative Teilhabeansprüche*” (Martens, loc. cit., p. 21 e passim) deram, entre nós, origem à designação “direitos derivados a prestações” para concretizar os direitos a prestações não originariamente presentes na Constituição, mas de criação legal. Designá-los-emos aqui de direitos a prestações derivados da lei ou direitos a prestações derivados de criação legal”. Segundo Novais (2016), na origem esse conceito de direitos derivados – ou direitos a prestações derivados, como prefere – corresponde ao regramento infraconstitucional, ou seja, a intervenção criativa do legislador infraconstitucional nos direitos fundamentais sociais e ficariam à disponibilidade do legislador. Os direitos sociais seriam, quando muito, direitos fundamentais fracos, quase retóricos, sem conteúdo normativo próprio. Todavia, uma vez importado para Portugal e Brasil recebe da doutrina uma força de resistência suplementar dos princípios da igualdade, da proteção da confiança e da proibição do retrocesso (NOVAIS, 2016, p. 171-172).

¹⁹ Nas palavras de Novais (2016, p. 179): “Mas quando, posteriormente, a lei ordinária desenvolve ou restringe os direitos fundamentais em causa, os acomoda na ordem jurídica, preenchendo os quadros constitucionais, consubstancializando o respectivo conteúdo, criando as condições jurídicas do seu exercício efetivo, esclarecendo o que está ou não neles definitivamente contido ou excluído, ou os faz eventualmente ceder perante outros princípios ou valores, habilitando a administração ou os tribunais a decidirem acerca dessa eventual cedência e orientando materialmente os juízos de ponderação correspondentes, essa lei ordinária é também norma de garantia do direito fundamental, é norma de direito fundamental, é direito fundamental”. E arremata o referido autor que: “Os direitos fundamentais dos particulares são o resultado jurídico integrado e indissociável que resulta dos enunciados constitucionais e ordinários que compõem conjuntamente, ainda que numa relação de supra e infra-ordenação, a norma de direito fundamental. Aquilo que os particulares podem reivindicar do Estado, aquilo que, com o valor de direito fundamental, podem opor a todas as entidades públicas – legislador, administração e poder judicial – é o que resulta desse conjunto, designadamente o disposto em lei ordinária, porque mais próximo da realidade, mais aplicável, mais regra, ou seja, já menos sujeito a ponderações ou cedências no caso concreto” (NOVAIS, 2016, p. 179).

normativo apto a conferir o usufruto dos direitos fundamentais abrigados na Constituição, complexo esse marcado pela característica da jusfundamentalidade.

Até porque “Os direitos sociais vivem nos direitos a prestações concretizados na lei; estes últimos são, portanto, o corpo dos direitos fundamentais sociais” (NOVAIS, 2016, p. 194).

Os direitos fundamentais não podem seguir à mercê da lei ordinária, mas a lei é que deve respeito aos direitos fundamentais. Assim, essas normas ordinárias, passam a integrar com as normas constitucionais a que dão realização, uma unidade de sistema de natureza material jusfundamental que, enquanto tal, é retirado da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional (NOVAIS, 2016, p, 191).

Superada, portanto, essa primeira classificação, que servirá para contribuir para a ideia de normas constitucionais de direitos fundamentais com eficácia plena e normas com eficácia contida, partimos para uma segunda classificação de suma relevância para o trabalho.

1.2.2 Direitos de defesa e direitos a prestações

Ainda sobre categorias de direitos fundamentais podemos classifica-los em direitos de defesa, ou negativos, e direitos a prestações, também conhecidos como direitos positivos, em que pese haver doutrinadores que defendem a inutilidade dessa dicotômica classificação (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 38-39).

Segundo esses autores, a dicotomia classificatória entre direitos positivos e direitos negativos é inútil (*The futility of dichotomy*), já que apontam e discorrem sobre uma profunda dificuldade em definir os direitos fundamentais em dois grupos estanques, pois na verdade, todos os direitos fundamentais seriam de natureza positiva e exigiriam, em alguma medida, do Estado uma ação para realizá-lo.

Segundo Holmes e Sustain (1999, p. 43) “*What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights*”²⁰.

No entanto, em que pese as críticas dos referidos autores - que são razoáveis -, entendemos conveniente, para os fins deste trabalho, adotar a distinção entre direitos de defesa e a prestação para que possamos compreender melhor a evolução dos direitos fundamentais no tempo.

E, formulado esses esclarecimentos, percebemos que os direitos fundamentais de defesa são dirigidos a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, gerando um dever de respeito à autonomia individual, através da não ingerência ou da intervenção da esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições (SARLET, 2012, p. 168)²¹.

Na concepção tradicional os direitos de defesa (*Abwehrrechte*) visava proteger determinadas posições jurídicas dos cidadãos contra a intervenção do Estado, seja pela abstenção em impedir a prática de atos pelo cidadão, seja pela abstenção na intervenção de situações subjetivas ou não eliminação de posições jurídicas (MENDES, 2012, p. 469)²².

Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações objetivam a garantia não apenas da liberdade perante o Estado (autonomia individual do cidadão), mas

²⁰ Nas palavras dos autores, Holmes e Sustain (1999, p. 39): “*This ramshackle inventory of only some of the everyday rights of ordinary Americans suggests the magnitude of the challenge facing anyone who wants to map the sprawling terrain of our individual liberties. Even if we set aside archaic-sounding anomalies, such as the ‘right of rebellion’, we will have a tough time organizing into two mutually exclusive and jointly exhaustive groups the swarm of claims and counterclaims that help structure the commonplace expectations and routine behavior of U.S. citizens today*”.

²¹ Nas palavras de Sarlet (2012, p. 168): “Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”.

²² O doutrinador Canotilho (2003, p. 408) ensina que: “Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (grifo do autor).

também a liberdade por intermédio do Estado, pressupondo que o indivíduo para conquistar e manter a plena liberdade depende da postura ativa dos poderes públicos. É a concepção de Estado para além da não intervenção na esfera de liberdade individual, mas como ente que confere meios materiais e implementações fáticas que possibilite o efetivo exercício das liberdades fundamentais (SARLET, 2012, p. 184-185).

Os direitos fundamentais à prestação significam, em sentido estrito, direito do particular de obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social etc.), desde que não disponha de meios financeiros suficientes para obter a satisfação de suas pretensões prestacionais no mercado privado (CANOTILHO, 2003, p. 408)²³.

Nesse sentido, de que há direitos de defesa e direitos a prestações, e criticando a insuficiência da classificação geracional, Jorge Schäfer (2013, p. 67-68) aponta a criação de duas categorias jurídicas distintas de direitos fundamentais:

De um lado, as liberdades negativas; de outro, as liberdades positivas. Às liberdades negativas corresponde a postura omissiva do Estado, a qual comporta não somente a garantia de fazer ou não fazer alguma coisa, mas também o direito de não se submeter a interferências da autoridade na própria esfera de liberdade. As liberdades positivas, ao contrário, encontram sua realização na função promocional do Estado, consubstanciando aqueles direitos que reclamam, para serem efetivados, a prática de condutas concretas por parte do poder público²⁴.

²³ Ensina ainda Canotilho (2003, p. 408-409) que a função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais: a) ao problema dos direitos sociais originários, ou seja, se os particulares podem derivar diretamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no “direito de exigir” uma casa); b) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora das “normas constitucionais sociais” (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes); c) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjetivos ou pretensões subjetivas dos indivíduos) a políticas sociais ativas conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão, é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente ativas.

²⁴ Segundo o referido autor, os direitos de defesa podem ser divididos em três grupos: a) direitos ao não impedimento de ações; b) direitos à não afetação de propriedades e situações; c) direitos à não eliminação de posições jurídicas. Ainda segundo o mesmo autor, os direitos a prestações podem ser divididos em: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e a procedimento; c) direitos à prestação em sentido estrito (CANOTILHO, 2013, p. 72-73).

Com isso, podemos perceber que os direitos de defesa representou, em um primeiro momento, com a ascensão do pensamento liberal-burguês, a proteção do cidadão contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, sendo que na sequência, com as reivindicações sociais, o cidadão passa a exigir intervenção do Estado para conter as desigualdades materiais entre os cidadãos, através da categoria prestacional dos direitos fundamentais. Ou seja, percebe-se que não basta o Estado se abster de intervir na autonomia privada do indivíduo – direito à liberdade -, sendo necessária a sua intervenção para configurar meios de usufruto e manutenção da liberdade individual com a superação de obstáculos à igualdade material – direitos econômicos, sociais e culturais (ALEXY, 2011).

Delimitada essas categorias, devemos agora passar à análise da classificação dos direitos fundamentais a prestações, que é o objeto principal da nossa pesquisa.

1.2.3 Direitos a prestações em sentido amplo

Os direitos a prestações em sentido amplo podem ser divididos em: a) direitos de proteção; b) direitos a organização e procedimento; c) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais) (SARLET, 2012, p. 162-208; ALEXY, 2011, p. 444-445; SCHÄFER, 2013, p. 73-74; MENDES, 2012, p. 472-478; CANOTILHO, 2003, p. 474-476).

Com essa classificação podemos observar que os direitos a prestações não se esgotam no direito a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), podendo possuir dois objetos específicos, quais sejam, direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais) (SARLET, 2012, p. 187)²⁵²⁶.

²⁵ Adverte Sarlet (2012, p. 189-190): “enquanto os direitos a prestações em sentido estrito podem ser reportados à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social (no sentido da criação, fornecimento, mas também da distribuição de prestações materiais já existentes), os direitos a prestações em sentido amplo (que englobam os direitos de proteção e de participação na

1.2.3.1 Direitos a prestações em sentido estrito

Os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício pleno da liberdade e igualdade real entre os cidadãos, pressupondo um comportamento ativo do Estado, já que, através dele, a igualdade material deve ser implementada (SARLET, 2012, p. 199-200; MENDES, 2012, p. 473-474).

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares (ex.: direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação) (ALEXY, 2011, p. 499).

Uma questão problemática apontada pela doutrina é que as pretensões a prestações fáticas estão voltadas para uma conformação do futuro e impõem decisões de alto riscos, como o direito ao trabalho (art. 6º da CF), direito à educação (art. 6º c/c art. 205 da CF), direito à assistência social (art. 6º c/c art. 203 da CF) e à prestação social (art. 6º c/c art. 201 da CF). Sob a ótica dessa corrente todas essas decisões política do Constituinte, que conferiu caráter jurídico aos direitos sociais,

organização e procedimento) dizem respeito às funções do Estado de Direito de matriz liberal, dirigido principalmente à proteção da liberdade e igualdade na sua dimensão subjetiva, razão pela qual já houve quem os tenha (corretamente diga-se de passagem) enquadrado num *status positivus libertatis*".

²⁶ Conf. Alexy (2011, p. 442-444), "[...], há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações, para além desses direitos a prestações fáticas, também aos direitos a prestações normativas, como a proteção por meio de normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e procedimentais. O primeiro motivo é que muitos dos direitos fundamentais sociais há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e em parte a prestações normativas. [...]. O segundo motivo consiste no fato de que os direitos a ações positivas compartilham problemas com os quais os direitos a ações negativas não se deparam, ou pelo menos não com a mesma intensidade. Direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos. Mas eles não dizem nada sobre que objetivos devem ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõe ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos. [...]".

dependem de satisfação de uma série de pressupostos de ordem econômica, política e jurídica (MENDES, 2012, p. 473-474).

Com isso afirmam que a constitucionalização dessas demandas operou um fenômeno de transmutação, convertendo questões de natureza política em questões de natureza jurídica, gerando o fenômeno da juridicização do processo decisório, acentuando a tensão entre direito e política (MENDES, 2012, p. 474).

Ademais, em que pese haverem direitos prestacionais não passíveis de exigibilidade imediata pelo cidadão (prestações em sentido estrito e de proteção) – mas apenas por intermédio de uma outra categoria de direito fundamental, o direito à organização e procedimento -, há normas constitucionais de direitos prestacionais que conferem direito subjetivo definitivo ao cidadão, visto a sua completude estrutural-normativa (MENDES, 2012, p. 478). Ou seja, há normas constitucionais suficientes em si mesmas, capazes de permitir o estabelecimento direto de uma relação jurídica entre cidadão e Estado inadimplente.

Enfim, não podemos nos descurar que há diversas espécies de normas constitucionais de direitos fundamentais de caráter positivo, não sendo todas as espécies que conferem direito subjetivo definitivo a uma prestação específica (ALEXY, 2011, p. 500-501). Não raro, as normas constitucionais veicularão deveres de restituir e preservar as garantias institucionais (ex.: seguridade social e previdência social), exigirão a criação de normas de organização e procedimento em direitos sociais (art. 200 da CF) e muitas outras vezes as normas constitucionais traduzirão apenas a formulação de um catálogo normativo que traduza o dever de proteção do Estado (art. 7º, X, XX, XXII, XXVI, XXVII, da CF) (MENDES, 2012, p. 478).

Com isso, como será exposto, somente será admitido o reconhecimento de direito subjetivo definitivo individual à prestação fática, diretamente extraído da Constituição, se a norma constitucional de direito fundamental determinar suficientemente o conteúdo (objeto) da prestação, o titular do direito e sobre quem recai a obrigação, ou seja, quando houver a caracterização de modo suficiente o desfrute positivo de uma utilidade concreta e o poder jurídico de exigir este desfrute (BANDEIRA DE MELLO, 1981 *apud* SARLET, 2012, p. 306).

E, somente sob esta perspectiva haverá que se falar em direito subjetivo a uma prestação material extraível diretamente da Constituição Federal, ou seja, um direito subjetivo definitivo (ALEXY, 2011, p. 499-503).

Por outro lado, não negamos que os direitos fundamentais a prestação material, protegidos por normas constitucionais dependentes de conformação legislativa infraconstitucional, possuem função de irradiar sua força normativa no ordenamento jurídico infraconstitucional e nem mesmo a possibilidade de sua invocação para a defesa da autonomia individual de cada cidadão.

Porém, vale ressaltar que essa dimensão subjetiva se dará em sentido negativo, ou seja, sob a perspectiva de defesa do cidadão contra intromissões indevidas do Estado ou de outros cidadãos, não se confundido com a dimensão positiva de direitos fundamentais, essa dependente de *interpositio legislatoris*²⁷.

Não é demais relembrar que a problemática referente a eficácia das normas constitucionais de direitos prestacionais em sentido estrito não pode ter solução simplificada a uma questão de tudo-ou-nada – o que geraria uma exigibilidade imediata e ampla de todo direito social previsto na Constituição Federal -, sendo inevitável diferenciações quanto a estrutura-normativa das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, a fim de definir quais normas de direito fundamental a prestação em sentido estrito possui força de direito subjetivo definitivo.

Essa perspectiva é correlata com um sistema ordenado de espécies de normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que envolvem princípios e regras, direitos objetivo e subjetivo, vinculante e não-vinculante e definitivo ou *prima facie*.

²⁷ E com isso, garante-se a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da Constituição), na medida de sua possibilidade jurídica e respeitando a estrutura-normativa da texto constitucional.

1.2.3.2 Direitos a proteção

Os direitos fundamentais a proteção como consectário de direito à prestação configura-se como posição jurídica outorgada ao indivíduo que poderá exigir do Estado proteção contra ingerências de terceiros na sua esfera de autonomia individual.

Isso porque, ao Estado é conferido o dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, inclusive zelando – em caráter preventivo ou repressivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas dos poderes públicos, mas também as agressões advindas de terceiros ou de outros Estados, obrigando-lhe a adotar medidas aptas a impedir as agressões e proteger a fruição dos direitos fundamentais por todos os cidadãos (SARLET, 2012, p. 190; MENDES, 2012, p. 476)²⁸.

Essa proteção poderá se dar por variados meios (como por exemplo através de normas penais, de normas procedimentais, de atos administrativos ou até mesmo atuação concreta dos poderes públicos) e a forma como será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõe de liberdade de conformação (MENDES, 2012, p. 476)²⁹.

Nesse ponto é prudente observar que os problemas relacionados aos direitos a proteção são os mesmos que incidem no campo dos direitos a prestações fáticas,

²⁸ Conf. Robert Alexy (2011, p. 450) para quem direitos a proteção são “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”.

²⁹ Segundo Gomes Canotilho (2003, p. 409): “Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a ideia traduzida pela doutrina alemã na fórmula *Schutzpflicht*). O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito a inviolabilidade de domicílio, o direito de protecção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. Daí o falar-se da **função de protecção perante terceiros**. Diferentemente do que acontece com a função de prestação, o esquema relacional não se estabelece aqui entre o titular do direito fundamental e o Estado (ou uma autoridade encarregada de desempenhar uma tarefa pública) mas entre o indivíduo e outros indivíduos (vide infra conflitos de direitos fundamentais)” (grifo do autor).

quais sejam, a necessidade de alocação de recursos para aparelhamento dos órgãos estatais para obstaculizar a agressão de direitos fundamentais dos cidadãos por terceiros.

Também aqui encontramos os desafios ligados ao controle das omissões legislativas e da responsabilidade do Estado por essas omissões, bem como a possibilidade de invocar judicialmente a obrigação do Estado de editar atos normativos para proteger os cidadãos de agressões de terceiros e conferir efetividade aos direitos fundamentais em sua plenitude (SARLET, 2012, p. 191-194).

1.2.3.3 Direitos à organização e ao procedimento

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, em que há o encargo do Estado em prover condições mínimas de existência e vida digna aos cidadãos, não se mostra suficiente, apenas, a proteção e aperfeiçoamento da atividade de prestação material, mas também a obrigação de prestações normativas, judiciais e administrativas no domínio designado de organização e procedimento. Pretende-se, neste domínio, através de prestações normativas, garantir padrões mínimos de exercício efetivo das liberdades por parte dos cidadãos (NOVAIS, 2003, p. 82-84).

Essa espécie de direito fundamental se revela mais que máximas de interpretação do direito processual conforme a Constituição, mas constitui garantia constitucional de dimensão procedimental intrínseca que assume relevo especial em alguns casos, já que há hipóteses em que uma pretensão de efetiva tutela jurídica não pode, no Estado de Direito atual, prescindir do procedimento (NOVAIS, 2003, p. 83-84).

Os direitos fundamentais funcionam também como normas de organização e instituições funcionalmente adequadas à defesa e fomento da liberdade individual (“organização da liberdade”), principalmente nas áreas onde há monopólio jurídico ou fático das entidades públicas no controle de conformidade da organização interna

e na participação efetiva de cidadãos nas instituições públicas e processos suscetíveis de afetar seus direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 84).

É preciso advertir sobre a importância dessa categoria de direito fundamental para a própria eficácia dos demais direitos fundamentais prestacionais materiais, já que a organização e procedimento podem ser, em alguns casos, a única forma para assegurar eficácia e conferir os resultados pretendidos por uma norma constitucional de direito fundamental prestacional – em sentido estrito e de proteção.

Nesse ponto, deve ser reconhecida a relevância da atividade legislativa, considerando que essa espécie de direito fundamental – organização e procedimento – assume a condição de direitos a prestações normativas. Desta forma, no âmbito de direitos prestacionais, as obrigações decorrentes dessa espécie de direito fundamental tem como destinatário o legislador infraconstitucional.

Nunca é demais lembrar que decorrente da sua natureza de regulamentação legislativa – inserida no conceito de conformidade do legislador -, essa espécie de direito fundamental exerce função instrumentária na efetividade dos direitos fundamentais e na eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais materiais³⁰.

Robert Alexy distingue alguns tipos de direitos a organização e procedimento, interessando para esta pesquisa apenas os direitos a procedimentos judiciais e

³⁰ Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 474-475): “Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processual-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa). Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais”. Complementa Mendes (2012, p. 475): “[...] o problema dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado nesse sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo”.

administrativos (procedimentos em sentido estrito) e os direitos a organização em sentido estrito (ALEXY, 2011, p. 483-484)³¹.

Partindo dessas premissas, a questão preliminar que se coloca é em que medida a organização requerida pelos direitos fundamentais é exigida por normas que outorgam direitos subjetivos ao cidadão e em que medida por normas que fundamentam apenas um dever objetivo do Estado.

Isso porque entre o dever objetivo estatal e o reconhecimento de um direito subjetivo do cidadão de exigir judicialmente o provimento legislativo infraconstitucional há uma distância considerável.

Além disso, não podemos desprezar que a solução desse problema, por envolver uma disfunção no sistema de proteção aos direitos fundamentais e tocar na essência da divisão das funções estatais, se torna bastante complexa.

Parte do problema centra-se, portanto, em delimitar se os direitos fundamentais a organização e procedimento conferem ao indivíduo um direito subjetivo definitivo de exigir do Estado (de maneira especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgão e estabelecer procedimentos (SARLET, 2012, p. 197).

Dois aspectos merecem destaque nesse ponto: a) diversos direitos fundamentais não se revelam possível ou, no mínimo, perdem em efetividade, sem que sejam criadas condições na esfera organizacional e procedimental; b) importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa (SARLET, 2012, p. 196).

É preciso registrar, também, que a natureza subjetiva não suscita grandes problemas quando se trata de obrigações dirigidas ao Poder Judiciário no sentido de conferir interpretação e aplicação de normas de organização e procedimento

³¹ Para Alexy (2011, p. 483-484) os direitos a organização e procedimento podem ser divididos em quatro grupos: a) competências de direito privado; b) procedimentos judiciais e administrativos (procedimento em sentido estrito); c) organização em sentido estrito; d) formação da vontade estatal.

conforme a Constituição. O problema surge quando se fala em criação de normas de procedimento ou organização por parte do legislador.

Portanto, fixadas essas premissas teóricas e lançada a direção do problema desta pesquisa – a tutela de direito fundamental a prestação, ante a ausência de normas de cunho procedimental e organizatório e suas implicações na teoria de separação dos poderes – passamos a analisar a possibilidade de configurar o direito fundamental a prestação normativa como um direito subjetivo.

2 DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITO SUBJETIVO

Superada a primeira etapa do trabalho, em que discorremos sobre a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais e a classificação desses direitos fundamentais, avançamos, neste segundo capítulo, para a verificação de um pressuposto para a pesquisa – ou um problema primário -, qual seja, a análise de viabilidade teórica do reconhecimento do direito fundamental a prestação normativa como um direito subjetivo.

Nesta etapa do trabalho constatamos uma escassez de material sobre o tema que, porém, não foi obstáculo para que pudéssemos aprofundar a pesquisa, problematizar a questão e buscar uma posição teórica razoável e compatível com a tutela dos direitos fundamentais.

E, para melhor compreensão da exposição, resolvemos dividir a presente construção, primeiro, em dois tópicos, o da dimensão objetiva e o da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, com a finalidade de garantir base teórica à construção.

Posteriormente, pretendemos analisar as restrições aos direitos fundamentais a prestação e seus efeitos, com o fito de demonstrar que esses direitos também sofrem restrições, porém de maneira diversa das restrições dos direitos negativos.

Por fim, com o propósito de estabelecer um pressuposto básico para o avanço da pesquisa, finalizamos o capítulo discorrendo sobre os limites e possibilidades do alcance da dimensão subjetiva aos direitos fundamentais a prestação normativa.

2.1 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Indiscutivelmente o Estado sofreu profundas alterações entre os séculos XVIII e XIX, ensejando uma verdadeira mutação na relação entre Estado e direitos fundamentais. A transição de um ideal de Estado Liberal para um Estado Social e o reconhecimento da insuficiência da concepção de direitos fundamentais como meros direitos de defesa contra os arbítrios do Estado, permitiu uma valorização dos direitos fundamentais sob a perspectiva de direito objetivo (SARLET, 2012, p. 151).

A partir de então, os direitos fundamentais passam a exercer uma função diretiva, de ordem de valores e de objetivos a serem perseguidos pelo Estado através de ações positivas, não se esgotando, apenas, com garantias negativas dos interesses individuais (SARLET, 2012, p. 143; ALEXY, 2011, p. 520-542; RUFINO DO VALE, 2009, p. 167-173; CANOTILHO, 2003, p. 476-477)³².

Como ensina Miguel Presno Linera (1978 *apud* SARLET, 2012, p. 143), os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva transformam-se em “princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica”.

A comunidade que forma a nação reconhece e legitima a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a partir do momento em que é incorporado ao direito positivo valores a serem perseguidos pelo Estado, fortalecendo o regime de direitos fundamentais no âmbito constitucional e infraconstitucional. Além disso, com esse reconhecimento da ordem objetiva de valores pela comunidade, há uma mutação no ângulo de percepção do alcance dos direitos fundamentais, de forma que não compete apenas ao Estado respeitá-los e concretizá-los, sob uma perspectiva individual, mas a toda a comunidade.

³² Segundo Novais (2003, p. 69): “Por último, a dimensão objectiva pode resultar da própria consagração ou reconhecimento constitucional de determinados valores nas normas de direitos fundamentais, independentemente de qualquer referência à sua subjectivização e independentemente de o indivíduo dispor, aí, de qualquer competência de invocação própria”.

Sob essa perspectiva percebe-se uma ordem dirigida ao Estado impondo-lhe a obrigação de maximizar sempre a realização dos direitos fundamentais. Há uma obrigação de vigilância permanente pelo Estado em ampliar e manter o campo de atuação e de incidência dos direitos fundamentais. Essa obrigação é primordialmente do Estado, mas alcança também a comunidade e os indivíduos³³.

Importante registrar também que a doutrina reconhece a possibilidade de exigibilidade pela via judicial dessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, já que são capazes de gerar efeitos potencialmente autônomos (SARLET, 2012, p. 147).

Além disso, há defensores de uma primazia da dimensão objetiva sobre a subjetiva, já que nem sempre será possível extrair um direito subjetivo da norma constitucional de direito fundamental, mas sempre será possível compreender e aplicar sua perspectiva objetiva³⁴.

Além disso, não podemos esquecer do reconhecido efeito irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*), através do qual incidem

³³ Segundo André Rufino do Vale (2009, p. 173-174): “A dimensão objetiva, na medida em que ressalta a face normativa dos direitos fundamentais, sem fazer referência a qualquer titular concreto, converte-os em mandatos a serem otimizados. É dizer, na medida em que os direitos fundamentais, em sua vertente objetiva, comportam um conteúdo normativo que deve ser respeitado e realizado pelos poderes públicos (administração, jurisdição e legislação) e pelos sujeitos privados, transformam-se em comandos a serem otimizados, isso é, a serem observados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

³⁴ Nas palavras de Jorge Reis Novais (2003, p. 71): “Então, sem que nisso venha implicada qualquer desvalorização material da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais, há aqui uma primazia lógico-jurídica da sua dimensão objectiva. De facto, qualquer norma de direito fundamental impõe necessariamente um dever jurídico a um sujeito de direito – no caso, e primariamente, um dever de o Estado fazer, não-fazer ou se sujeitar. Ora, nem sempre da mesma norma de direito fundamental resulta o correspondente direito subjectivo – e neste direito consiste a expressão, por excelência, da dimensão subjectiva. O direito subjectivo só surge quando ao particular é reconhecida uma pretensão qualificada ao cumprimento daquele dever normativo exigido ao Estado, quando, na concepção Kelseniana, através da actio, se coloca a ordem jurídica ao dispor do titular do interesse, dando-lhe, nessa medida, a faculdade de participar extraordinariamente na formação da vontade estatal mediante o acto administrativo ou a sentença judicial”. Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de André Rufino do Vale (2009, p. 174): “[...] essas normas criam deveres objetivos para o Estado e, tendo em vista sua eficácia externa ou horizontal, também para os particulares. Não criam direitos subjetivos e, portanto, não fazem referência a qualquer titular concreto de posições jusfundamentais. Na qualidade de deveres objetivos, portanto, têm a pretensão de serem realizados na maior medida possível. Diz-se na maior medida possível pois sua plena eficácia está condicionada às circunstâncias econômicas, sociais e políticas em um determinado momento histórico. Tendo em vista que seu cumprimento se dá em diferentes medidas, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, são conceituados não como mandatos a serem cumpridos, mas apenas otimizados”.

imediatamente na aplicação e interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional, conferindo ao texto legal interpretação conforme a Constituição e conforme os direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 524-528)³⁵.

Também, sob a ótica dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, não podemos desprezar os seus efeitos produzidos perante terceiros, ou seja, a sua eficácia na esfera privada, mais conhecido como eficácia horizontal (*Drittwirkung*) (ALEXY, 2011, p. 528-542). Esse desdobramento dos efeitos objetivos dos direitos fundamentais garante que eles sejam invocados para se opor não somente às ações estatais, mas também nas relações privadas entre os cidadãos. É a possibilidade de se invocar o respeito aos direitos fundamentais nas relações particulares travadas entre os cidadãos, fortalecendo o compromisso de todos em respeitar o sistema de direitos fundamentais.

Outra função atribuída aos direitos fundamentais enquanto uma ordem objetiva de valores é a obrigação do Estado em proteger os cidadãos, ou seja, o reconhecimento do dever de proteção (*Schutzpflichten*), em que o Estado defenderá os indivíduos não apenas das agressões dos poderes públicos, mas também das violações providas de particulares ou mesmo de outros Estados (SARLET, 2012, p. 148-149).

Nesse sentido parte da doutrina aponta a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais como uma espécie de mais-valia jurídica (SARLET, 2012, p. 144).

Por isso mesmo, e considerando a possibilidade de exigibilidade judicial da atuação estatal para conferir eficácia e implementação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que a dimensão objetiva garante um padrão mínimo de realização e que o déficit de atuação vincula os poderes estatais, Jorge Reis Novais defende, inclusive, a possibilidade de configuração de um direito subjetivo definitivo na hipótese de inércia do Estado em conferir e proteger um padrão mínimo de realização (NOVAIS, 2003, p. 76-77).

³⁵ Na dimensão objetiva das normas de direitos fundamentais André Rufino do Vale (2009, p. 170-173) aponta como desdobramentos: a) eficácia irradiante; b) eficácia nas relações privadas; c) os deveres de prestação e proteção e as normas de organização e procedimento; d) as garantias institucionais; e) controle de constitucionalidade.

No entanto, como será demonstrado, essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais caminha intimamente ligada à perspectiva subjetiva desses direitos, conformando-se em um complexo, porém harmônico, sistema de direitos fundamentais e sua tutela contra os arbítrios do Estado, dos demais cidadãos e da realidade.

2.2 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

No que toca a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, preliminarmente, é preciso ressaltar que a expressão “direito subjetivo” poderá configurar uma diversidade de posições jurídicas. É possível invocar um direito subjetivo à abstenção do Estado de interferir na esfera da autonomia individual do sujeito, um direito subjetivo a interpretação conforme as normas constitucionais de direitos fundamentais, um direito subjetivo invocado perante a atuação de terceiros e, também, um direito subjetivo de exigir do Estado algum objeto específico. Enfim, quando se fala em direito subjetivo, temos várias perspectivas, cada qual com a sua dificuldade, ou não, de exigibilidade (CANOTILHO, 2008d, p. 177-189).

Do mesmo modo adverte Sarlet (2012, p. 153):

De outra banda, é de destacar-se a circunstância de que a referida complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva remete à conclusão de que se cuida de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas, não só no que diz com a forma de positivação, seu conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto de direito fundamentais [...].

No entanto, entendemos como Sarlet (2012, p. 152), para quem “a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito”.

É importante esclarecer que nem todos os direitos fundamentais – incluindo, portanto, os direitos sociais a prestação material que são o foco deste trabalho –

com assento na Constituição, são passíveis de exigibilidade direta pela via jurisdicional, ou seja, não constituem direito subjetivo definitivo.

Isso porque embora, em algumas hipóteses, possamos identificar na estrutura de direitos fundamentais a prestação material a outorga ao titular da possibilidade de formular uma pretensão de adoção de uma determinada conduta, passível de judicialização, é inegável que esses direitos também podem consistir em um “dever subjetivo não relacional” (MENDES, 2012, p. 478)³⁶.

Jorge Reis Novais (2003, p. 56), no âmbito da dimensão subjetiva afirma que:

[...], os direitos fundamentais permitem aos particulares possibilidades juridicamente reforçadas de acção, comportamento, pretensão ou competência que, em geral, se podem designar por **uso** ou **exercício** de direito fundamental. Por último, em caso de ameaça ou lesão das posições de vantagem individual que os constituem, os direitos fundamentais asseguram aos seus titulares formas de tutela que lhes permitem, com intensidade e efectividade variáveis, exigir juridicamente ao Estado o cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela norma de direito fundamental, ou seja, fornecem uma **garantia subjectiva** de direito fundamental (grifo do autor).

Com efeito, é a possibilidade do indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado que acresce a dimensão objetiva, passando à dimensão subjetiva. Portanto, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se manifesta para além dos deveres objetivos impostos ao Estado, conferindo ao particular a possibilidade de se autodeterminar numa área juridicamente tutelada (NOVAIS, 2003, p. 99).

³⁶ Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 478): “Embora se possa reconhecer na estrutura de muitos direitos sociais características de direitos subjetivos fundamentais, que outorga ao titular a possibilidade de formular uma pretensão de adoção de uma dada conduta (‘dever jurídico relacional’), passível de judicialização, é inegável também que esses direitos podem consistir, como observado, em ‘dever subjetivo não relacional’, não importando em reconhecimento de ‘direito subjetivo’ propriamente dito por se tratar de ‘normas objetivas de princípio’. Além de legitimarem a constituição de direito subjetivo público, as normas que preveem direitos sociais podem repercutir sobre a ordem jurídica em geral, dando ensejo uma expansão direta ou indireta no plano do direito ordinário (eficácia direta ou indireta sobre as relações privadas). Ressalte-se ainda que nos direitos sociais não se identificam apenas pretensões de caráter positivo (direito subjetivo a uma prestação específica). Não raro, o dever de restituir e preservar está manifesto nas chamadas garantias institucionais (v.g., seguridade social, previdência social). Há exigência notória de normas de organização e procedimento em diversos direitos sociais (cf. CF, art. 200). É inequívoco, igualmente, que muitas normas constantes do catálogo de direitos sociais traduzem deveres de proteção (v.g., CF, art. 7º, X, XX, XXII, XXVI, XXVII)”.

Parte dos direitos sociais seriam, portanto, indeterminados no plano constitucional, devido ao fato da necessidade de se observar a reserva do possível, sendo razoável o Constituinte delegar ao poder constituído o dever jurídico de realização do direito social de forma gradual e diferida no tempo por parte do Estado, respeitando a disponibilidade e as circunstâncias de cada momento (NOVAIS, 2016, p. 164)³⁷.

O doutrinador Canotilho (2008b, p. 53-66) procede a uma análise estrutural de posições jurídico-prestacionais que nos parece bastante coerente e poderá contribuir para a compreensão do alcance das normas constitucionais de direitos fundamentais. Sustenta Canotilho (2008b) que os direitos fundamentais sociais podem conferir diversas posições jurídico-prestacionais aos cidadãos.

A primeira posição seria a jurídico-prestacional com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa, segundo a qual a ideia de correlação entre “direito” e “dever” cria alguns problemas. Isso porque afirmar que o cidadão possui um direito a prestações existenciais mínimas não significa que possua um direito de ação perante o poder público. Uma coisa seria afirmar a existência de um direito, outra seria determinar quais os modos ou formas de proteção desses direitos. A previsão constitucional de um direito fundamental na categoria de direito positivo a prestações existenciais mínimas, por exemplo, não significa impor como o Estado deverá, *prima facie*, densificar esse direito (CANOTILHO, 2008b, p. 53-66).

Cita ainda a posição jurídico-prestacional alicerçada em princípio objetivo a que corresponde um dever não relacional, hipótese em que teríamos uma posição jurídico-prestacional que se baseia em princípios objetivos impositivos de “tarefas” políticas, cuja densificação pode resultar a realização objetiva do direito fundamental (CANOTILHO, 2008b, p. 53-66).

Por último, sustenta a existência da posição jurídico-prestacional pressuposta pelo exercício de um direito subjetivo pessoal, que são os casos em que é difícil

³⁷ Ainda nas palavras do doutrinador português (NOVAIS, 2016, p. 165): “Paradoxalmente, os direitos sociais, à partida tendencialmente indeterminados no plano constitucional, adquirem, através da intervenção do legislador, uma rigidez e determinação que permitem configurá-los imediatamente, a partir dessa conformação legal, como direitos definitivos e na qualidade de direitos subjectivos”.

negar subjetividade jurídico-prestacional ao direito fundamental, pois sua garantia, a nível constitucional, é tão qualificada, que a sua garantia ou não garantia é retirada da esfera de discricionariedade da simples maioria parlamentar. Em termos de metódica estruturante, nestes casos, a posição jurídico-prestacional é abrangida pelo âmbito normativo dos direitos, liberdades e garantias (direitos negativos) (CANOTILHO, 2008b, p. 53-66).

A diferença entre esta última espécie e as anteriores se resume em definir se: a) há uma norma que garante um direito subjetivo definitivo, isto é, uma norma que fornece fundamento imediato para uma norma individual de decisão; ou, b) uma norma que garante *prima facie* um direito subjetivo, ou seja, que contenha fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriamente como resultado uma “decisão individual” (CANOTILHO, 2008b, p. 66).

No mesmo sentido são os ensinamentos de Jorge Reis Novais (2003, p. 101):

Como se viu, sendo certo que uma norma de direito fundamental impõe sempre um dever jurídico ao Estado, nem sempre a esse dever jurídico corresponde um direito de um particular. Mas, mesmo quando esse direito existe, a sua natureza, o seu grau de consistência e a sua exigibilidade podem ser muito diferenciados. Pode tratar-se de um direito *a obter algo*, mas também de uma faculdade ou de um poder de constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica; pode tratar-se de um direito definitivo ou de um direito *prima facie*; e, para o que aqui agora nos importa, ao particular pode ou não ser reconhecido o poder de exigir judicialmente o seu cumprimento, ou seja, de exigir ao Estado a satisfação do dever correspondente recorrendo, se necessário, à tutela jurisdicional.

Nessas hipóteses é preciso distinguir o que o autor denomina de direito subjetivo em sentido lato e a possibilidade de acionar judicialmente a sua realização. Essa segunda posição seria um elemento externo à estrutura do direito fundamental. Explica Novais (2003, p. 101-102) que:

O direito subjectivo funcionaria, antes, como conceito-quadro (*Rahmenbegriff* ou *Oberbegriff*), aberto, abrangendo todas aquelas diferentes modalidades: dizer que alguém tem um direito subjectivo significa, segundo a proposta de LARENZ, dizer que algo lhe é juridicamente devido ou lhe compete, podendo esse *algo* ser preenchido com direitos de diferentes natureza, consistência ou grau de exigibilidade.

Assim, percebe-se que a utilização do conceito de direito subjetivo não é suficiente para fundamentar e explicar essa variedade de posições individuais que se colocam sob o manto dessa dimensão subjetiva das normas constitucionais de

direitos fundamentais. Isso porque somente quando o particular possui a faculdade de acionar a respectiva concretização do seu interesse tutelado pelos direitos fundamentais é que, verdadeiramente, haverá que se falar em plenitude da dimensão subjetiva desse direito fundamental (NOVAIS, 2003, p. 102).

Segundo o autor, para reconhecer um direito subjetivo público seria necessário o preenchimento dos seguintes pressupostos: (i) um enunciado jurídico de direito público teria de impor ao Estado (ou a outra entidade pública) um dever objetivo de comportamento; (ii) esse enunciado não poderia ter sido exclusivamente determinado pela prossecução de interesses públicos, mas teria, no mínimo, de servir também o prosseguimento de interesses individuais; e (iii) aos particulares eventualmente afectados pelo não cumprimento daquele dever deveria ser concedida a faculdade de poderem realizar os interesses protegidos pela norma, sustentando-se nela, face à Administração, para exigir algo ou impor uma dada sujeição ao Estado (NOVAIS, 2003, p. 107).

Nessa ordem de ideias, sustenta o autor, portanto, que nem todo descumprimento de um dever de direito fundamental por parte do Estado significará uma violação a direito subjetivo público do titular de direito fundamental. Não ocorrerá essa violação quando a norma de direito fundamental não apresentar a determinabilidade suficiente para dar origem a uma relação jurídica entre cidadão e Estado (NOVAIS, 2003, p. 117)³⁸.

Assim, quando tratarmos de direitos fundamentais sociais e utilizarmos a expressão direito subjetivo neste trabalho, é preciso ter em mente que podemos estar diante de um direito subjetivo definitivo ou um direito subjetivo *prima facie*.

O primeiro será a manifestação de um direito subjetivo em sua completude, que contenham uma carga de exigibilidade absoluta, de densidade normativa completa e passível de possibilitar o titular de um direito fundamental de exigir judicialmente a tutela do seu interesse em detrimento do destinatário da obrigação,

³⁸ Nesse ponto, ressaltamos e adiantamos que, como será exposto, é preciso avançar para reconhecermos, em certa medida, alguma violação ao direito fundamental a prestação normativa, nas hipóteses em que há um comando constitucional em realizar direitos fundamentais a prestação material e o legislador ordinário se mantém inerte na sua função regulamentadora.

ou seja, estamos a nos referir de uma relação jurídica bem definida, onde é possível identificar o titular de um direito, o objeto deste direito e o destinatário da obrigação. Enfim, seria um direito subjetivo de exigir do Estado algum objeto específico, podendo o objeto consistir em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, inclusive de natureza legislativa.

Por outro lado, a segunda espécie configura aquela hipótese de um direito subjetivo incompleto, o qual necessita de regulamentação para conferir exequibilidade pelo seu titular e que essa configuração deve partir do legislador infraconstitucional.

2.3 Restrições aos direitos fundamentais sociais

Os direitos fundamentais representam um conjunto de valores, consagrados através de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais dentro de um Estado Democrático de Direito. Tratam-se de direitos do homem positivados e tutelados pelos Estados, através de suas Constituições.

Nessa ordem de ideias defendemos que o conjunto de normas constitucionais que abrigam os direitos fundamentais – das mais variadas espécies e categorias – deve constituir um regime jurídico-constitucional de direitos fundamentais.

Mas, para além disso, defendemos que ao lado desse regime jurídico-constitucional, temos um outro conjunto de normas infraconstitucionais que garantem densidade e conformação às normas constitucionais e que constitui um regime jurídico-normativo infraconstitucional de direitos fundamentais, e que ambos os sistemas se completam para integrar o denominado regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

E, todo esse complexo de normas constitucionais e infraconstitucionais deve trabalhar, inevitavelmente - já que direitos fundamentais não são absolutos -, com a

possibilidade de restrições a um direito *prima facie*. A restrição do direito fundamental está na natureza do próprio direito.

Segundo Jorge Reis Novais (2003, p. 247):

Partimos de um conceito abrangente de restrição, ou seja, entendida como acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.

Portanto, a restrição do direito fundamental está na sua própria essência, podendo inclusive ser realizada por legislador, administrador e juiz. No entanto, a restrição às normas constitucionais de direitos fundamentais, por mais natural que possa ser, não deixa de ser tema sensível no reconhecimento e aplicação de limites aos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003; SILVA, 2014).

As restrições a normas constitucionais de direitos fundamentais resultam-se, geralmente, de duas atividades. Primeiro, do sopesamento entre normas constitucionais de direitos fundamentais em colisão. E, segundo, da restrição do alcance do âmbito de proteção da norma constitucional de direito fundamental com a finalidade de regulamentar o usufruto do direito e sua convivência com as demais normas constitucionais de direitos fundamentais³⁹.

Pois bem. É de fácil percepção que este referencial teórico denominado restrição própria e a regulamentação com natureza de restrição, foram construídos tendo por base as normas constitucionais de direitos fundamentais de natureza

³⁹ Sobre a natureza restritiva da regulamentação infraconstitucional, ensina Jorge Reis Novais (2003, p. 177): “Em princípio, a regulamentação, enquanto sub-espécie que situaremos, como se verá, dentro da categoria do desenvolvimento dos direitos fundamentais, visa ajudar o exercício dos direitos fundamentais; mas, nela está também presente, ainda que mediatamente orientada àquele fim, uma intenção restritiva, pelo que não é fácil determinar se – ou a partir de que intensidade – a realização dessa intenção produz efeitos e se constitui em intervenções restritivas a que deva, portanto, ser aplicado regime jurídico idêntico ao das restrições propriamente ditas”. O autor português ainda designa este tipo de intervenção como materialização ou densificação de direitos fundamentais já que (NOVAIS, 2003, p. 180-181): “[...] o legislador vai mais além do que dar forma, do que conformar o direito em questão: ele tem aqui, por força da remissão ou da recepção constitucional, expressa ou implícita, uma função que, pelo menos parcialmente, e constitutiva do próprio direito”.

negativa, ou seja, àquele conjunto de normas constitucionais que impõe ao Estado uma abstenção, um não fazer, um não agir.

Através de leis restritivas dos direitos fundamentais o ato normativo acaba por reduzir o âmbito de proteção daquele direito fundamental, permitindo o Estado a avançar e ingressar em um âmbito do indivíduo que *a priori* estava protegido pela norma constitucional.

Em outros termos, as leis que regulamentam ou restringem direitos fundamentais diminuem a proteção do cidadão ante a ação estatal. O Estado passa a ter o seu campo de atuação alargado e o campo de proteção do indivíduo diminuído. Isso é restrição a direito fundamental negativo. O cidadão continua a poder exigir a abstenção do Estado, porém em grau diminuto.

No entanto, quando estamos tratando de direitos fundamentais de natureza positiva - que exigem do Estado uma ação, uma promoção articulada e definida - encontramos dificuldades em transferir, nos termos expostos acima, o referencial teórico das restrições para aplicação a essa categoria de direitos fundamentais. Isso porque quando há imposição ao Estado em proceder em um não agir de forma a impedir a invasão na esfera individual do sujeito, o significado de restrição injustificada se limita ao agir estatal em desconformidade com o direito fundamental e seus limites, sendo o remédio para essa invasão o comando para o Estado não agir, ou pelo menos, não agir em determinada intensidade.

Ou seja, a restrição indevida a direito fundamental expressa-se através de uma conduta invasiva do Estado para além dos limites fixados pela lei. O legislador ordinário fixa os limites da restrição ao direito fundamental *prima facie*, limites esses que não podem ser superados pelo administrador, sob pena de configurar uma restrição indevida, ou para além dos limites estabelecidos pelo legislador.

Portanto, naturalmente, quando tratamos de direitos fundamentais de cunho positivo, que impõe uma ação estatal para sua implementação, não será possível aplicar os exatos termos dessa construção teórica. Por um motivo básico, a restrição foi pensada para ser configurada através de uma ação estatal, e no caso dos direitos fundamentais positivos não temos uma ação, mas uma omissão estatal.

Para o doutrinador Jorge Reis Novais (2016, p. 278) haverá uma natural dificuldade em aplicar o método de controle das restrições utilizado na dimensão negativa para a dimensão positiva. Isso porque haveria dificuldade em delimitar e identificar uma restrição quando o Estado está a omitir, de alguma forma e com algum alcance a realização de um direito social⁴⁰.

Portanto, sob a ótica de Jorge Reis Novais (2016, p. 278-280), quando se trata de direito fundamental positivo, em princípio, sempre será possível prestar mais, proteger mais, sendo que sempre haverá algum nível de omissão. A restrição não surge, não é previamente identificada, mas vive com o direito desde a sua origem e continuará com ele, independentemente do grau de realização do direito naquele momento.

Porém, isso não significa que a omissão esteja fora do controle de compatibilidade com a Constituição, mas que o escrutínio desse controle decorre de uma lógica e mecanismos de controle substancialmente distintos dos que se verificam no controle das restrições a direitos fundamentais que exercem função de defesa (NOVAIS, 2006, p. 296-297).

Por isso mesmo entendemos que não há impedimento em adaptarmos os elementos do referencial teórico para aplica-lo, também, aos direitos fundamentais de natureza positiva. Afinal, o controle das restrições a direitos fundamentais será

⁴⁰ Segundo Novais (2016, p. 279-280): “[...] a objecção fundamental à aplicação de um tal modelo de restrições e de controlo da constitucionalidade de restrições à dimensão positiva dos direitos sociais advém do facto de que, quando está em causa a realização positiva e gradual de um direito social, há sempre mais alguma coisa que poderia ser objectivamente feita do ponto de vista da realização do direito; há sempre um possível mais ou menos de realização, pelo que também há sempre, consequentemente, algum grau de omissão. Logo, tal significaria, na aplicação de um modelo dos direitos fundamentais como princípios à dimensão positiva dos direitos sociais, que eles estariam permanentemente a ser restringidos, já que haveria sempre algo a ser omitido, seria sempre possível fazer algo mais que, não sendo feito, constituiria uma restrição. Mas, se tais direitos estão permanentemente em restrição, se esse é o seu estado natural, então a restrição confunde-se com a própria natureza do direito, com a sua existência, ou seja, o conceito de restrição ou de intervenção restritiva deixam de fazer sentido porque estão sempre lá, na vida do direito, só variando a respectiva gravidade, isto é, a extensão da restrição. E mesmo que um tribunal pudesse verificar a inconstitucionalidade, não poderia suprir a omissão ou o estado de omissão. Só poderia suprir um determinado e específico grau de omissão, já que continuaria sempre a ser possível fazer algo mais”.

um instrumento a mais de fiscalização da ação ou omissão dos poderes constituídos⁴¹.

Nesses casos, defendemos que o significado de restrição deve mudar de natureza, configurando-se através da inércia do Estado em proceder, na medida do possível, em conformidade com o direito fundamental e, nessa hipótese, a solução para combater a restrição seria a imposição de uma obrigação de fazer ao Estado.

Neste ponto nos valem dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 204) que, sem reparos, defende:

Ao contrário do que ocorre nos casos de restrições à dimensão negativa das liberdades públicas, em que o Estado, que *prima facie* deve permanecer inerte, age no sentido de restringir uma ou várias liberdades, nos casos de direitos sociais o que ocorre é o oposto: o Estado, que deveria agir para realizar esses direitos, permanece inerte. É possível utilizar para ambos os fenômenos o conceito de *restrição*, mas desde que as diferenças de sentido não sejam ignoradas.

Dessa forma, quando o legislador ordinário decide se manter absolutamente inerte diante do comando constitucional que lhe impõe a obrigação de conformar a norma constitucional de direito fundamental a prestação material de eficácia limitada – devido à sua estrutura normativo-constitucional -, frustrando integralmente o usufruto do direito fundamental, instalando, em última hipótese, um conflito, ou um estado de incompatibilidade, entre o estado de inércia e a Constituição, configurado estará o nível mais crítico de restrição ao direito fundamental prestacional, ou seja, aquela restrição injustificada que retira do cidadão a possibilidade de usufruir o seu direito constitucional.

Ou seja, nesses casos, muito mais que restrições, teremos um verdadeiro esvaziamento do direito fundamental, pois a inércia do legislador ordinário

⁴¹ O próprio Jorge Reis Novais (2003, p. 247), em outra obra, reconhece que: “As restrições também ocorrem, aceitando os pressupostos da definição proposta, nos âmbitos dos direitos sociais e dos direitos de liberdade positivos (direitos a prestações normativas derivados dos deveres de protecção estatal, direitos a organização e procedimento). Só que, pelas assinaladas reservas que afectam, à partida, a consagração constitucional destes direitos (reservas do financeiramente possível no caso dos direitos sociais e do politicamente adequado ou oportuno, no caso dos direitos de liberdade positivos) e pela consequente indeterminabilidade do seu conteúdo concreto, quer os efeitos quer as próprias possibilidades de controlo das restrições são, aí, praticamente enfraquecidos e teoricamente obscurecidos, já que as limitações da margem de actuação dos poderes públicos que aí venham a ser propugnadas podem ver sempre a sua efectividade neutralizada e a sua inteligibilidade confundida mediante a invocação daquelas reservas”.

corresponde a absoluta frustração do cidadão, que se encontra impossibilitado de gozar do seu direito fundamental.

E esse estado de inércia do legislador ordinário é agravado, ainda mais, a partir do momento em que percebemos que essa omissão acaba por transpor o último limite de proteção dos direitos fundamentais, qual seja, o seu âmbito de proteção intransponível, denominado conteúdo essencial do direito fundamental (SILVA, 2014, p. 204; CANOTILHO, 2008e, p. 244-268)⁴².

Quando o Estado ultrapassa essa linha limítrofe e ingressa nesse âmbito de proteção intransponível – conteúdo essencial do direito fundamental – estamos no último nível de violação do direito fundamental e que por ser o nível mais crítico exige uma postura intransigente da instância encarregada de garantir e tutelar os direitos fundamentais.

E, nos direitos fundamentais de natureza prestacional, esse último nível de violação é representado pela absoluta frustração do usufruto do direito fundamental veiculado em norma constitucional de eficácia limitada que, portanto, aguarda regulamentação por parte do legislador ordinário.

Essa regulamentação – direito fundamental a prestação normativa – é o cerne da problemática, pois constitui-se em instrumento para usufruto do direito material. A inércia do legislador ordinário em não regulamentar a norma constitucional de direito fundamental a prestação material com eficácia limitada é o ápice da violação aos direitos fundamentais, pois constitui restrição, no seu grau mais funesto, pois de caráter absoluto, aos direitos fundamentais.

Portanto, é preciso ressaltar que nessas hipóteses não estamos diante de uma mera restrição a direito fundamental - atividade legítima do legislador ordinário, que todavia também é passível de controle jurisdicional - mas de uma verdadeira

⁴² Segundo Canotilho (2004e, p. 262): “A doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida tendo em vista o regime de proteção de direitos, liberdades e garantias (cfr. art. 187.º da Constituição Portuguesa) e, em alguma medida, os direitos análogos, mas só na parte metodologicamente sustentada pela analogia. Ora, o problema que se coloca é o de saber se ela não deve ser alargada aos direitos económicos, sociais e culturais. Sendo assim, o *punctum saliens* da questão é este: como determinar o núcleo essencial do direito à saúde? Como o direito à saúde implica um feixe de prestações, como determinar o nível essencial de prestações sociais?”.

violação ao comando da Constituição, ou seja, são hipóteses em que a atividade omissiva do legislador se configura como contrário à Constituição, portanto, apta a inaugurar o controle jurisdicional.

Ainda sobre o conteúdo essencial, esse âmbito de proteção intransponível e inatingível pelo Estado, Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 205) ensina que:

O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições.

Não é demais lembrar que a dimensão positiva dos direitos fundamentais apresenta relativa dificuldade quanto à sua exigibilidade, já que as normas constitucionais que as abrigam geralmente são destituídas de determinabilidade e densidade normativa, dificultando, portanto, a extração direta da Constituição do seu conteúdo definitivo.

Por isso é que essas categorias de normas constitucionais prescindem da reserva do politicamente adequado ou oportuno, espaço de conformação conferido ao legislador ordinário, que terá margem para escolha dos meios, formas e prioridade na realização positiva do direito social.

Trata-se de uma dificuldade real e quase intransponível, que sofrerá reflexo imediato da concepção adotada sobre o princípio da separação dos poderes.

E, diante essa dificuldade de exigibilidade e em contraposição ao princípio da proibição do excesso – aplicável à dimensão negativa dos direitos fundamentais – a doutrina desenvolveu um princípio para aplicação no campo das omissões de cumprimento de deveres estatais na promoção dos direitos sociais, denominando-o de princípio da proibição de déficit ou proibição de prestação insuficiente (NOVAIS, 2006, p. 389).

Em síntese, para o autor português esse princípio pode ser subdividido em duas máximas: a) princípio de realização do mínimo; b) princípio da razoabilidade. O mínimo corresponde, em seu caráter absoluto, ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo ao Estado, qualquer que seja as circunstâncias – caráter absoluto – o respeito a um nível mínimo de condições fáticas a serem garantidas ao indivíduo, sem as quais haveria ameaça da sua própria existência (sobrevivência),

afetando, portanto, em última análise, a autonomia mínima da própria vida. No entanto, ao lado desse mínimo exigível de maneira absoluta – que corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana – há ainda um mínimo social condicionado e relativizado pelos níveis de desenvolvimento econômico do Estado. Já o controle de razoabilidade centra-se na situação objetiva em que a omissão de prestação deixa os cidadãos em situação intolerável à luz dos padrões de um Estado social de Direito (NOVAIS, 2006, p. 389-397).

Esse princípio da proibição de déficit ou proibição de prestação insuficiente vem reforçar a defesa de que a inércia do legislador ordinário em regulamentar norma constitucional de direito fundamental prestacional de eficácia limitada, constitui restrição inadmissível aos direitos fundamentais, pois pode ser considerada prestação insuficiente por parte do Estado, que tem obrigação de conferir instrumentos normativos para o usufruto do direito fundamental material.

Por outro lado, como será exposto adiante, e na esteira do pensamento de Reis Novais (2006, p. 384), entendemos, também, que a competência do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade por omissão, que corresponde a uma restrição indevida do direito fundamental e invasão no seu âmbito de proteção essencial, se limita a reconhecê-la e adotar as providências permitidas pela interpretação da Constituição, mas jamais, de substituir a vontade do legislador democraticamente eleito.

Então, é possível concluir que eventual inércia injustificada do legislador ordinário de regulamentar norma constitucional de direito fundamental a prestação material de eficácia limitada, ensejadora de total frustração do usufruto do direito fundamental, constitui violação ao núcleo intransponível daquele direito – conteúdo essencial – restando, em última hipótese, uma disfunção no sistema jurídico de tutela dos direitos fundamentais que deve ser superada.

2.4 Direitos fundamentais a prestações materiais (fáticas) e a prestações normativas: alcance da dimensão subjetiva

Pois bem, fixadas essas premissas básicas, podemos observar e concluir que os direitos fundamentais a prestações não se esgotam no direito a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), podendo possuir dois objetos específicos, quais sejam, direitos a prestações jurídicas (ou normativas) e direitos a prestações fáticas (ou materiais) (SARLET, 2012, p. 187).

Nessa ordem de ideias, haverá no texto constitucional direitos fundamentais a prestação material que poderão ser exigidos imediatamente, independentemente de regulamentação, e outros que dependerão dessa regulamentação infraconstitucional, que consiste exatamente no direito fundamental a organização e procedimento.

Nesse sentido, é preciso observar que muitas normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material podem veicular conteúdos que dependem de regulamentação pelo legislador infraconstitucional, afastando a sua configuração de direito subjetivo definitivo à prestação material, ao passo que haverá normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material que veiclem conteúdos que prescindem de regulamentação para configurar um direito subjetivo definitivo.

Na verdade, a definição se essa espécie de direito fundamental esculpido em norma constitucional será passível de exigibilidade imediata e diretamente extraível da Constituição dependerá da estrutura-normativa do dispositivo constitucional, sendo possível, inclusive, reconhecer um direito subjetivo definitivo de exigir a prestação material.

Nessa hipótese, a própria norma constitucional deve esgotar a relação jurídica estabelecida entre Estado e cidadão, independendo, portanto, de intervenção legislativa infraconstitucional. Essa seria a marca do direito subjetivo definitivo do cidadão, da exigibilidade direta e imediata do bem ofertado pelo Estado, extraível diretamente da Constituição. A negativa injustificada e contrária à lei é passível de controle pelo Poder Judiciário, que garantiria o direito fundamental nos exatos termos da norma constitucional.

Isso porque em que pese haverem direitos prestacionais não passíveis de exigibilidade imediata pelo cidadão – mas apenas por intermédio de uma outra categoria de direito fundamental, o direito à organização e procedimento -, há normas constitucionais que conferem direito subjetivo definitivo ao cidadão, visto a sua completude estrutural-normativa (MENDES, 2012, p. 478). Ou seja, há normas constitucionais suficientes em si mesmas, capazes de permitir o estabelecimento direto de uma relação jurídica entre cidadão e Estado inadimplente.

O conteúdo definido a nível constitucional pode não garantir, definitivamente, direito subjetivo à prestação direta pelo Estado. Muitas normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais sociais não podem ser estruturalmente entendida como norma completa, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjetivos. É o que denominamos de direitos fundamentais veiculados em normas constitucionais que possuem natureza de direito subjetivo *prima facie*.

Isso porque no campo dos direitos sociais, devido a necessidade de se observar a reserva do possível, o Constituinte delega ao legislador ordinário infraconstitucional o dever jurídico de realizar o direito social na maior medida possível, de maneira gradual e diferida no tempo, respeitando as disponibilidades e as circunstâncias de cada momento.

Os direitos sociais com elevada carga de indeterminabilidade na origem, no plano constitucional, através da intervenção do legislador infraconstitucional, adquire rigidez e determinação, podendo ser configurado como direito definitivo e subjetivo (NOVAIS, 2016, p. 165).

Nesses casos, os direitos sociais dotados de conteúdo concreto serão os consagrados em normas das regulações legais. Assim, não haverá um direito fundamental à saúde extraído diretamente da norma constitucional, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Da mesma forma o direito à assistência social, ao trabalho, à habitação etc.

Os direitos sociais, portanto, são abrigados em normas constitucionais de conteúdo, em grande medida, indeterminado no plano constitucional, mas

determinável através da atuação conformadora e concretizadora do legislador ordinário (NOVAIS, 2010, p. 154)⁴³⁴⁴.

Podemos dizer que em termos de direitos fundamentais sociais temos um direito subjetivo *prima facie*, em que a norma constitucional de direito fundamental depende de regulamentação infraconstitucional, definindo a forma e conteúdo exato desse direito fundamental, tornando-o um direito subjetivo definitivo. Por outro lado,

⁴³ Segundo Novais (2010, p. 148) “Basicamente, a objecção pretende significar que não é possível recorrendo aos meios de interpretação jurídica, delimitar a partir das normas constitucionais de direitos sociais um conteúdo suficientemente preciso que permita concluir qual a prestação ou dever a que o Estado está juridicamente obrigado e, nesse sentido, que permita, por outro lado, a concretização do respectivo conteúdo normativo em pretensões ou direitos individuais a exigir uma determinada prestação do Estado. Desta impossibilidade natural resultaria a inviabilidade de consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais, juridicamente vinculativos, ou, pelo menos, a inviabilidade da respectiva configuração como verdadeiros direitos subjectivos, justiciáveis e diretamente aplicáveis a partir da sua eventual consagração constitucional”. Lembra o autor, ainda, que “É que, dados os custos financeiros implicados na criação ou na manutenção da prestação estatal, e numa situação de escassez de recursos que o Estado não domina, na maior parte dos casos a Constituição não garante nem pode garantir, mesmo que *prima facie*, uma quantidade pré-determinada de acesso ao bem, deixando e remetendo antes essa obrigação, sob reserva do possível, para o legislador democrático. Na generalidade dos casos, tudo aquilo que a Constituição indiscutivelmente impõe é a obrigação de o Estado, e de acordo com as disponibilidades e recursos existentes e que possam ser razoavelmente afectados a essa finalidade, realizar progressivamente o direito sociais, mas, em princípio, nada mais que isso” (NOVAIS, 2010, p. 148).

⁴⁴ Nesse ponto, em que pese entendermos que as normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais de eficácia limitada não necessariamente constituem normas programáticas, conf. Canotilho (2003, p. 1176-1177) que referindo-se às normas programáticas afirma que: “[...]. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que ‘impõem uma atividade’ e ‘dirigem’ materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelo ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (*Crisafulli*). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela interpositivo do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade de intervenção dos órgãos legiferantes”. Portanto, mesmo as normas programáticas, em que pese o baixo grau de eficácia, são normas constitucionais positivadas e obrigatórias, como qualquer outra espécie de norma prevista na Constituição. Ademais, até mesmo das normas programáticas é possível extrair, pelo menos, três perspectivas de obrigações: a) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); b) vinculação positiva dos órgãos concretizadores (legislação, execução, jurisdição), devendo ser tomadas como diretivas materiais permanentes; c) vinculação, como limites materiais negativos, dos poderes públicos que deverão perseguir e censurar os atos que contrariar o campo de proteção das normas programáticas (CANOTILHO, 2003, p. 1177). Complexa, no entanto, como em outros casos, é a questão da aplicabilidade direta das normas programáticas (normas-fim ou normas-tarefas). Isso porque, também as normas constitucionais de natureza programática que veicularem direitos fundamentais, em muitos casos, dependerá da atividade legislativa infraconstitucional para alcançar grau suficiente de eficácia jurídica, a fim de permitir o usufruto do direito fundamental previsto na Constituição por seu titular.

temos direito subjetivo definitivo extraído diretamente da norma constitucional, quando a norma de direito fundamental for bastante em si, ou seja, com eficácia plena e prescindindo de regulamentação (ALEXY, 2011, p. 103-106; CANOTILHO, 2008b, p. 66; SILVA, 2014, p. 45-46)⁴⁵⁴⁶.

De qualquer forma, apenas quando o direito fundamental a prestação material for veiculado em norma constitucional ou infraconstitucional que possa conferir a natureza de direito subjetivo definitivo, ou seja, quando a norma jurídica veicular o total conteúdo e forma de usufruto do direito fundamental, é que será possível exigir judicialmente a sua implementação, coagindo o Estado a fornecer o bem tutelado na medida da Constituição e da legislação regulamentadora.

Nesse ponto, a relação entre os níveis de eficácia das normas constitucionais de direito fundamental, a classificação dos direitos fundamentais e a natureza subjetiva desses direitos se torna de fundamental importância para reconhecermos a necessidade de se estabelecer um regime jurídico próprio de tutela dos direitos fundamentais.

⁴⁵ Ainda segundo Canotilho, *in verbis*: “[...], quando dizemos que os direitos económicos, sociais e culturais nunca são direitos originários, mas sempre direitos derivados do legislador, podemos não estar a aproximar-nos do âmago da problematidade. Penso que o direito ao trabalho, ou o direito à segurança social podem não ser concretizados diretamente pelas normas constitucionais, mas estas normas continuam a ser normas vinculativas e continuam a ser premissas importantes para as políticas legislativas. Portanto, se me pergunta se os direitos sociais devem ser retirados da Constituição, eu respondo que não. De modo algum. O que pode estar em causa são políticas de direitos sociais, mas não a negação dos direitos económicos, sociais e culturais” (COUTINHO, 2005, p. 36).

⁴⁶ Nesse ponto é interessante esclarecer que estamos a tratar de um regime jurídico dos direitos fundamentais, composto por um ordenamento normativo de princípios e regras. É premissa insuperável que o regime jurídico dos direitos fundamentais é constituído por um conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que veiculam direitos fundamentais formados por princípios e regras. Portanto, no bojo do texto constitucional há dispositivos legais que poderão ser definidas como princípios e outros como regras, ou até mesmo dispositivos que poderão ser interpretados como princípios e como regras, concomitantemente. Conf. Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 45) que distingue as espécies normativas da seguinte maneira: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. [...] se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto [...]. [Já no caso dos princípios] há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”. Portanto, segundo a ótica do professor Virgílio Afonso os princípios seriam normas jurídicas com previsão de direitos ou deveres *prima facie*, ao passo que regra abrigariam previsões de direitos ou deveres em caráter definitivo, produto de um sopesamento realizado pelo legislador, que regulamentou/restringiu os direitos ou deveres *prima facie*.

Reconhecendo que há direitos a prestações materiais e prestações normativas e que muitas vezes as normas constitucionais de direito fundamental não possuem eficácia plena, mas dependem de regulamentação, podemos perceber o quão é importante o tratamento teórico ofertado ao direito fundamental a prestação normativa.

Essa verificação ganha contornos especiais quando percebemos, ainda, que nem todo direito fundamental de prestação material pode ser diretamente extraído da Constituição Federal, ou seja, pode ser tratado como direito subjetivo definitivo.

Ou seja, adotada a classificação de direitos fundamentais em que se reconhece direitos fundamentais a prestação material e a prestação normativa, percebemos que esta última espécie se torna um instrumento de grande relevância para a implementação daquela primeira espécie. Ainda mais quando reconhecemos a existência de algumas normas que abrigam direitos fundamentais a prestação material que contenham eficácia limitada, portanto, dependente de regulamentação.

É o caso do direito social à saúde, educação, trabalho, habitação etc. Todos esses direitos sociais, com abrigo na Constituição Federal de 1988, necessitam de detalhada regulamentação infraconstitucional para permitir seu usufruto por um número razoável de cidadãos. Ou seja, apenas através do direito fundamental a prestação normativa – organização e procedimento – é que os cidadãos poderão, de fato, exigir um direito subjetivo definitivo ao usufruto do direito fundamental material. O direito à norma infraconstitucional se torna instrumento imprescindível ao usufruto do direito material. É um meio para o alcance do fim.

Nessas hipóteses, devido ao nível de abstração do conteúdo da norma constitucional de direito fundamental, não é possível o cidadão exigir, direta e imediatamente, perante o Poder Judiciário a implementação do seu direito social, por mais que esteja previsto na Constituição Federal. Assim, percebemos que a ausência de norma regulamentadora – procedimento e organização – acaba por frustrar o direito fundamental subjetivo *prima facie*, consagrado constitucionalmente.

Há uma relação direta entre as espécies de direitos fundamentais, ao passo que a neutralização do instrumento atingirá de morte o direito-fim. Ora, como dar

concretude a uma prestação material fundamental se não é possível extrair do texto constitucional a forma exata dessa prestação?

Como vimos, somente haverá o reconhecimento de um direito subjetivo definitivo à prestação material, extraível diretamente da Constituição Federal, no caso da norma constitucional ser suficiente em si mesma, capaz de representar todos os elementos necessário em uma relação jurídica obrigacional (partes, objeto e sanção no caso de inadimplemento). Fora dessas hipóteses é impossível reconhecer e defender a existência de um direito subjetivo à prestação material extraível diretamente da Constituição. Se a norma constitucional não for suficiente em si mesma, tratar-se-á de norma de eficácia limitada, exigindo-se disciplina infraconstitucional para extração de um direito subjetivo definitivo à prestação material.

Alguns poderiam sustentar que na ausência de concretização regulamentar o Poder Judiciário estaria autorizado a implementar o direito fundamental à prestação material. Ora, o Poder Judiciário deve garantir a máxima efetividade da Constituição! Mas, não é tão simples assim. A prática vem nos mostrando que a intervenção do Judiciário em implementação de políticas públicas pode ocasionar sérias disfunções na gestão da oferta de direitos materiais. Definitivamente, esse não é o caminho (SARLET; TIMM, 2013; RAMOS, 2015; GALVÃO, 2014).

Não é possível reconhecer direito subjetivo definitivo à prestação material, diretamente extraível da norma constitucional, se não houver uma completude do dispositivo constitucional, mesmo que esse reconhecimento tenha origem no Poder Judiciário⁴⁷.

Porém, dessas normas constitucionais continua a ser possível extrair outras posições subjetivas – por exemplo, invocação de um direito subjetivo a interpretação

⁴⁷ Como ensina Jorge Reis Novais (2003, p. 116): “[...]. Todavia, a esses direitos e pretensões só é reconhecida a natureza de direito subjectivo público quando, seja através da mediação do Direito ordinário, seja mediante uma suficiente determinabilidade da própria norma constitucional de garantia – quer do ponto de vista do recorte de interesse individual protegido quer da determinação de concretas obrigações estatais -, a ordem jurídica reconhece ao titular do direito fundamental, no prosseguimento de um interesse próprio e especial, a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento dos deveres que cabem ao Estado em tal relação, o que implica a possibilidade de o juiz, mantendo-se nos estritos limites funcionais da sua posição constitucional, dispor de parâmetros objetivos de controlo das correspondentes acções ou omissões dos poderes públicos”.

conforme essa norma constitucional de direito prestacional ou um direito subjetivo à defesa.

Por outro lado, não é possível a doutrina constitucional permanecer inerte ante essas restrições indevidas aos direitos fundamentais, já que a inércia do legislador ordinário em conformar a norma constitucional acaba por frustrar o usufruto do próprio direito fundamental a prestação material. Isso porque os direitos fundamentais são tão importantes que não podem, simplesmente, ficar à mercê da vontade do legislador infraconstitucional.

Assim, é preciso avançar para prover as condições objetivas e subjetivas mínimas para o efetivo exercício dos direitos fundamentais não só materiais, mas também os direitos fundamentais a prestações normativas, designados como direitos fundamentais a organização e procedimento.

Portanto, a primeira questão que se apresenta, neste ponto, é saber se os titulares dos direitos fundamentais à prestação material, veiculados em normas constitucionais de eficácia limitada, possuem direito subjetivo à legislação infraconstitucional regulamentadora do direito material (prestação normativa), ou, pelo menos em que medida a inércia do Estado de conferir efetividade aos direitos fundamentais e cumprir a Constituição corresponde a uma obrigação desse mesmo Estado de expedir normas de organização e procedimento, configurando um direito subjetivo à regulamentação normativa? (ALEXY, 2011, p. 474-475).

Canotilho (2008b, p. 47) resume bem a questão:

Em casos como estes, trata-se, fundamentalmente, não de reconhecer um direito, por existir um dever exigível, mas sim de garantir que onde exista um direito se estabeleça o dever correspondente e a forma de o exigir. O cerne da questão não é o de reconhecer *ubi remedium ubi jus*, mas, inversamente, o de garantir, *ibi jus ibi remedium*.

O cerne da questão, portanto, é identificar a existência de exigibilidade da obrigação estatal de estabelecer a forma de usufruto do próprio direito fundamental material, ou seja, é configurar o direito a prestação normativa como direito subjetivo exigível pelo cidadão e tutelado pelo regime jurídico dos direitos fundamentais.

Ainda segundo Canotilho (2008b, p. 49):

Um verdadeiro progresso científico verificar-se-á, a nosso ver, se conseguirmos precisar, com algum rigor, as diferentes e básicas posições normativas de um sujeito. Noutros termos, que são, precisamente, os de LINDAHL: devem procurar-se os tipos básicos de posições subjectivas. De entre estas posições normativas básicas, a quais é que se deve atribuir o qualificativo de direito subjectivo?

A existência desse direito subjetivo à legislação regulamentadora é fortalecida quando reconhecemos a natureza instrumentária dos direitos fundamentais a prestação normativa – organização e procedimento – já que se tornam imprescindíveis para a configuração do direito fundamental com amparo constitucional e que sua ausência, impõe necessariamente, a frustração do usufruto do direito fundamental em sua essência.

Ademais, para que seja atendida a aplicabilidade direta e a vinculação de todas as entidades públicas aos direitos fundamentais não é mais possível atribuir a precedência da decisão sobre a existência de direito subjetivo definitivo a um bem material ao legislador, no sentido de que o legislador infraconstitucional não pode sobrepor sua vontade – através da inércia – à vontade da própria Constituição (NOVAIS, 2003, p. 112-113).

É preciso reconhecer que a força normativa das disposições constitucionais de direitos fundamentais se realiza primariamente através de uma mediação vinculada da ordem jurídica ordinária criada em conformidade aos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 112).

E para isso é preciso atentar-se para dois elementos presentes nas modernas constituições de Estado de Direito: a) a consagração da plenitude da tutela judicial dos direitos fundamentais, no sentido de que no Estado de Direito qualquer violação a direito fundamental por parte do poder público deve-se possibilitar a tutela jurisdicional; b) relativização do papel do legislador enquanto “criador” dos direitos subjetivos [definitivos], já que não dispõe dos direitos fundamental a seu bel prazer, restando vinculado pelo Constituinte e fazer cumprir a carta de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal e dependente de regulamentação para

melhor adequação das peculiaridade de espaço, tempo e disponibilidade orçamentária (NOVAIS, 2003, p. 113-115; CANOTILHO, 1994 e 2011)⁴⁸.

E, no Brasil o reconhecimento da existência desse direito subjetivo é fortalecido quando nos lembrarmos do teor do disposto no art. 5^a, §1^o da Constituição, que em linhas alhures sustentamos possuir natureza de mandado de otimização (ou maximização), tratando-se de norma de cunho principiológico, a qual impõe ao Estado a obrigação de reconhecer a maior eficácia possível dos direitos fundamentais, e que a partir do referido dispositivo constitucional, haveria uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, de sorte que eventual recusa de aplicação imediata deve ser fundamentada.

Dessa forma, o próprio § 1^o do art. 5^o da Constituição Federal nos conduz a buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, seja extraíndo a norma diretamente do texto constitucional, quando possível, seja construindo instrumentos para implementar o direito fundamental no campo infraconstitucional.

Assim, como dito, percebemos a necessidade de, segundo um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais, visualizar várias posições subjetivas do cidadão, inclusive a posição de exigibilidade do Estado do seu dever de regulamentar norma constitucional de direito fundamental, ou seja, um direito subjetivo não ao objeto – direito fundamental material – mas à legislação infraconstitucional⁴⁹.

Nesse ponto, sábias são as palavras do professor Canotilho (1994, p. 338)⁵⁰:

⁴⁸ Em outra passagem, fazendo referência à Constituição Dirigente, Canotilho afirma que *in verbis*: “[...]: se virmos bem, as constituições dirigentes não são arbitrárias quando elas acontecem; muitas das constituições dirigentes estão ligadas a momentos de fractura, a momentos de revolução, a momentos de reconstrução de um país, e muitas vezes transportam ideias inovadoras, ideias generosas, e é isso que se esquece quando se fala, genericamente, em maldade das constituições dirigentes. [...]” (COUTINHO, 2005, p. 39).

⁴⁹ Segundo Alexy (2011, p. 475-477) “o Tribunal Constitucional não exclui a possibilidade de direitos subjetivos à criação de determinadas normas no âmbito da organização e do procedimento, cujo destinatário é o legislador. No nível abstrato não é possível dizer mais que isso. Todo o resto depende do tipo de direito em questão em cada caso”.

⁵⁰ Neste ponto é preciso esclarecer que entendemos ser coerente e razoável aplicar o conceito de “Constituição Dirigente” de Canotilho, pelo menos, no campo da concretização das normas constitucionais de direitos fundamentais. Até porque, essa teoria, em que pese afirmações em contrário na doutrina nacional, não deixou de ser aplicada em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil (STRECK, 2014). Nas palavras do professor Canotilho: “Em boa verdade, quando

A natureza jurídico-constitucional das imposições legiferantes, a vinculação heteronomamente determinada do legislador e a caracterização do comportamento inconstitucional omissivo permitem já uma primeira conclusão: no Estado Constitucional Democrático o legislador está obrigado, normativo-constitucionalmente, à emanação das leis necessárias à concretização das imposições constitucionais. Reafirma-se: omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes (2012, 428):

A adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direitos subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador.

Na mesma esteira desse pensamento, o doutrinador Dirley da Cunha Junior (2015, p. 339) defende a existência de um direito subjetivo à emanação de normas nos seguintes termos⁵¹:

E nesse sistema de equilíbrio [separação de poderes no Estado Social], são adjudicados ao Poder Judiciário novas funções de controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos, particularmente para garantir o exercício de um direito subjetivo à emanação de normas, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, não existe liberdade de não normaçoão por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Assim, a partir do paradigma de novo Estado Social e, conseqüentemente, do reconhecimento de um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas e cumpridas por esse Estado, por imperativos da justiça social, resulta evidente que a satisfação destes “deveres” estatais condiciona a legitimidade do desempenho das funções do poder público, em especial de suas funções normativas (incluindo as

elas surgiram [as Constituições Dirigentes], quando transportaram essas ideias, foram elas próprias factores de transformação social. Neste contexto, poderemos dizer também que elas devem continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias. Elas foram historicamente necessárias em certo momento; podem ter cumprido parcialmente o seu papel, mas podem não ter cumprido ainda todo o seu papel. Eu acredito que elas vão sobreviver. Quando os esquemas políticos, económicos, sociais e culturais forem totalmente outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando a Constituição deixar de ter força reflexiva, isto é, capacidade de conformação da própria realidade social, então ela caduca, ela será substituída, ela acabará por se dissolver nos próprios mecanismos sociais. Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto foram historicamente necessárias” (COUTINHO, 2005, p. 39-40).

⁵¹ O autor esclarece que utiliza a denominação direito à emanação de normas ou à normaçoão, porque é mais extensa do que direito à legislação, uma vez que aquela abrange, além das leis, os regulamentos e outros atos normativos. No entanto, por questões metodológicas e para alcançar o fim deste trabalho, analisamos, apenas, o direito subjetivo à atividade do legislador infraconstitucional.

legislativas), cujo controle de legitimidade cumpre, inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

E conclui o referido autor (2015, p. 340):

Firma-se aqui a posição, no sentido de existir um direito subjetivo público à emanção de normas, que impõe, para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos e para o legislador, em especial, um correspondente dever de legislar, quanto indispensável ao exercício de um direito fundamental. Esclareça-se, contudo, que não se trata aí de um simples dever geral de legislação, mas sim de um *dever específico de legislar*, que se reconhece pela própria consagração constitucional da categoria jurídica da omissão inconstitucional (CF/88, art. 102, § 2º), e, fundamentalmente, pela força normativa da Constituição, de há muito à margem de qualquer dúvida. Revela enfatizar, na senda de Canotilho, que a própria omissão inconstitucional de um ato normativo terá virtualidades para garantir o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas.

Com isso, seria possível sustentar que o cidadão além de um direito subjetivo à prestação material, possui um direito subjetivo à regulação legislativa (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 340).

No entanto, Canotilho (1994, p. 339) já adverte sobre as dificuldades do reconhecimento do direitos subjetivo à legislação, *in verbis*:

[...]. Os problemas surgem quando se trata de identificar a protecção jurídica contra omissões legislativas inconstitucionais. O trânsito de um dever de legislação para um direito à legislação não é automático nem isento de dificuldades materiais e processuais. Direito à normação legislativa por parte de quem? Dos particulares? De grupos de cidadãos? De outros órgãos do Estado? E como garantir efetivamente esse direito contra órgãos soberanos? Qui custodet ipsos custodes?

As objeções à esse entendimento giram em torno de que (a) a admissão de um direito à emanção de normas representaria uma violação ao princípio da separação de poderes; (b) esse direito pressupõe um direito subjetivo do cidadão, que, na hipótese, não existiria porque uma lei satisfaz interesses da coletividade; (c) esse direito seria vazio de sentido porque não é exigível judicialmente já que os sistemas jurídico-processuais são organizados para tutelar o cidadão contra atos e não contra omissões normativas (CUNHA JUNIOR, 2015, p. 338-339).

A nosso ver, nenhuma das objeções prosperam. A primeira não faz sentido no ponto em que defendemos que a atividade legislativa continuará a ser exercida pelo legislador infraconstitucional, ou seja, o Poder Judiciário não estará invadindo a competência do legislador, mas apenas, defendendo a Constituição. O Tribunal

Constitucional não tem competência, e nem aptidão, para criar norma geral e abstrata, tarefa essa que deve ser exercida exclusivamente pelo legislador ordinário.

Ademais, essa objeção será objeto de análise no capítulo 3, quando tratarmos do *design* constitucional adequado à tutela dos direitos fundamentais, superando a concepção clássica de separação de poderes para alcançar o modelo adequado para tutelar os direitos fundamentais.

A segunda objeção também é superável. Isso porque defendemos que a violação ao direito fundamental se torna ainda mais reprovável quando transcende a esfera individual do sujeito para atingir a coletividade, merecendo uma atuação mais enérgica dos poderes constituídos na defesa na Constituição e dos direitos fundamentais, o que não desconfigura o direito subjetivo de cada cidadão, mas apenas impõe uma racionalidade no sistema de tutela de direitos fundamentais.

Isso porque, precisamos construir o entendimento que permita uma desvinculação dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos sociais – da pura titularidade individual, com o fito de garantir a máxima racionalidade do sistema de prestação e tutela de direitos fundamentais.

É preciso reconhecer que os direitos fundamentais sociais servem para sustentar a ordem jurídica da comunidade como um todo, não havendo espaço, em regra, para pretensões individuais, as quais seriam substituídas por uma ordem de valores objetivos, exigindo maior capacidade de atuação do legislador para atender às demandas de maneira coletiva e difusa (NOVAIS, 2003, p. 65-66).

Somente alcançaremos uma tutela eficaz dos direitos fundamentais sociais, através da instituição da obrigação do Estado em configurar o direito fundamental que impescindem de regulamentação, se houver ferramentas para o controle da omissão legislativa na sua perspectiva coletiva, ou social. E mais, somente seria bem-sucedida a tutela que propusesse possibilidades de sanção ao órgão estatal inerte, inclusive o legislador ordinário.

Isso porque é possível vislumbrar que o individualismo reivindicatório dirigido contra o Estado acaba por inviabilizar a racionalidade das políticas públicas, incidindo efeito contrário ao pretendido na origem – efetividade de direitos sociais –

já que promove uma seletividade, às avessas, na oferta de prestações sociais. Ora, a judicialização de demandas individuais para pleitear prestações materiais pelo Estado gera uma disfunção no regime jurídico, pois privilegia a obtenção da pretensão somente por aqueles que tiveram acesso ao Poder Judiciário, em detrimento de todos os outros – que talvez estivessem em situação de maior necessidade – que por diversos motivos não ingressaram como demanda individual.

Por esta razão é que se deve privilegiar soluções que visam atender as demandas de maneira coletiva e difusa, estabelecendo regras racionais de prestações materiais – tendo em vista que as demandas são maiores que o poder de oferta do Estado – à procura de uma eficiente maximização de prestações, porém respeitando os limites de cada Estado e de cada momento que vive a nação e, sobretudo, da vontade e *expertise* do legislador ordinário, sem se descuidar, no entanto, do regime de proteção aos direitos sociais previsto na Constituição Federal.

Com isso, teríamos um sistema mais efetivo e eficiente, inibidor, por outro lado, das demandas individuais que abarrotam o Poder Judiciário e dão a sensação de intervenção indevida nas políticas públicas. Sobretudo essas demandas individuais que desestabilizam o caráter sistêmico das políticas públicas, que devem ser estipuladas, em conformidade com a Constituição Federal, pelo órgão representativo da maioria, ou seja, o Parlamento, e executadas pelo Poder Executivo, deixando o Poder Judiciário apenas com a função de corrigir eventuais desvios legais e inconstitucionais. Ou seja, é preciso reconfigurar a relação entre os poderes no que toca implementação dos direitos fundamentais prestacionais.

Nesta esteira e fazendo menção a uma perspectiva social de proteção aos direitos fundamentais Jorge Reis Novais (2003, p. 65-66) afirma que:

Por sua vez, com a teoria social dos direitos fundamentais, o reforço de uma proteção *intensiva* dos direitos de defesa, também visado pelo pensamento institucional e pela teoria dos valores, é acompanhado por uma intenção de reforço *extensivo*, no sentido de um alargamento qualitativo do objeto e âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

[...].

Comum a todas estas novas teorias de direitos fundamentais, para além da intenção de reforçar e complementar a tradicional função de defesa individual – exigindo que o Estado não viole a posição jurídica individual ou o núcleo essencial da garantia institucional, mas também se empenhe

igualmente no prosseguimento positivo do valor em causa: não apenas “liberdade perante o Estado”, mas também “liberdade através do Estado” -, há, ainda, uma objectivização, uma desvinculação dos direitos fundamentais da sua pura titularidade individual. Os direitos fundamentais passam a ser considerados enquanto fundamentos da ordem jurídica da comunidade que impregnam todo o ordenamento jurídico e a ser reconhecidos enquanto directivas constitucionais para todas a actuação do poder político, designadamente do legislador.

Arremata o autor definindo que essa perspectiva que valoriza a dimensão social dos direitos fundamentais, objetivando conferir maior efetividade e harmônico funcionamento das instituições envolvidas na obrigação estatal de promover os direitos fundamentais na maior medida possível, estimula uma reavaliação dos ditames clássicos da divisão dos poderes. Segundo Novais (2003, p. 66):

Por sua vez, a partir do momento em que, através da objectivização do conteúdo dos direitos fundamentais, se verifica uma superação do plano da estrita relação jurídica Estado/indivíduo para se passarem a considerar, também, os direitos fundamentais como valores objetivos da ordem constitucional que, enquanto tal, se devem necessariamente compatibilizar com outros valores e bens constitucionais, é toda uma nova discussão em torno dos métodos que vem suscitada no reconhecimento da dimensão objectiva dos direitos fundamentais. Com efeito, na medida em que estas novas concepções se libertam da vinculação à noção de direito subjectivo e promovem a necessidade de consideração do peso e valor relativo dos direitos fundamentais comparados com o peso de outros bens constitucionais com que podem entrar potencialmente em colisão e, conseqüentemente, num relacionamento de supra e sub-ordenação, elas renovam o apelo, controverso, mas inevitável, ao recurso a metodologias de concordância prática, de ponderação e de valoração, com a abertura de novas margens de intervenção aos poderes constituídos, designadamente à justiça constitucional, e a necessidade de reavaliação dos ditames clássicos da divisão de poderes.

Assim, é possível perceber que a perspectiva social dos direitos fundamentais mencionada pelo autor português tem por objetivo final encontrar soluções para a baixa eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, que necessariamente transitará pelo conteúdo da teoria da divisão de poderes.

Nessa dicotomia entre direito individual e direito coletivo, observando os reflexos da omissão legislativa infraconstitucional, não podemos ignorar os ensinamentos de Robert Alexy (2011, p. 492), que classifica a relevância das normas de procedimento e organização em dois grupos: a) relacionados à importância que as normas de organização têm para o indivíduo, para sua situação pessoal; b) relacionados à importância que a organização possui para a coletividade. Para Alexy (2011, p. 492), o primeiro tipo pode ser denominado “individualista” e,

nesse sentido, subjetiva, ao passo que o segundo seria denominado de “não-individualista” e, portanto, objetiva.

Partindo dessa concepção, é possível sustentar, então, que a ausência de norma de procedimento ou de organização que afeta interesses de uma coletividade e, por consequência, dos indivíduos que integram esse coletivo, constitui em violação mais grave – e distinta – que a violação a um direito individual, ou seja, restrita à órbita do sujeito enquanto indivíduo e isolado da coletividade.

E se considerarmos que essa violação a direito fundamental à existência de normas de procedimento e organização que afeta a coletividade é mais gravosa que a violação diretamente relacionada a um indivíduo, podemos sustentar, também, que a proteção a essa violação – que é uma disfunção do sistema de direitos fundamentais – deverá buscar ser mais ampla e corretiva, inclusive com a presunção de subjetividade desse direito (CANOTILHO, 1994, p. 342-343), mesmo que o seu titular seja a coletividade (COIMBRA; DRESCH, 2013)⁵².

É nesse ponto que devemos aplicar nossos esforços, ao passo que, entre nós, esse tema não tem sido contemplado com a devida atenção, verificando que a doutrina alienígena também não pacificou o debate (SARLET, 2012, p. 197)⁵³.

É visualizando os direitos fundamentais à prestação como um sistema normativo – constitucional e infraconstitucional –, que garante tanto prestações materiais quanto prestações normativas, com o fito de atingir o maior número de

⁵² Não sem sentido e desconexo com esse pensamento, a Lei 13.300/2016 que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo prevê a possibilidade de impetrar o remédio injuntivo em caráter individual ou coletivamente, ou seja, reconhece que a ausência de regulamentação pode afrontar o indivíduo isoladamente como uma coletividade.

⁵³ Lembra Sarlet (2012, p. 197-198) que “Em que pese o reconhecimento praticamente uniforme da importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (ou da organização e procedimento para os direitos fundamentais), a doutrina e jurisprudência constitucional germânicas – a quem se deve tributar o desenvolvimento destes aspectos -, quando se cuida de admitir direitos fundamentais subjetivos a prestações normativas nesta esfera, revela-se, além de extremamente controversa, preponderantemente recalcitrante neste particular. Trata-se, por outro lado, de problema que abrange tanto as normas constitucionais que expressamente preveem obrigações do Estado nesta seara (que, segundo alguns, teriam sua eficácia restringida à esfera jurídico-objetiva), quanto o reconhecimento de direitos não escritos, com base em outras normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.

cidadãos possível com a implementação de políticas públicas inclusivas, que vamos perceber a necessidade de construir soluções de natureza coletiva.

Não adianta ficarmos socorrendo os cidadãos que batem às portas do Poder Judiciário, buscando “fazer justiça no caso concreto”, conferindo natureza de direito subjetivo definitivo à norma constitucional de eficácia limitada, tudo em prol da efetivação dos direitos sociais, que vamos solucionar o problema do déficit de direitos fundamentais no Brasil. É preciso estabelecer instrumentos que combatam, diretamente, as causas dessa disfunção no sistema e promovem um verdadeiro estado de tensão entre os poderes da república.

Por fim, a terceira objeção não faz sentido no ponto em que estamos exatamente à procura de instrumentos jurídico-processuais eficazes à tutela de direitos fundamentais, ou seja, a própria objeção vem de encontro ao reconhecimento da natureza subjetiva do direito fundamental a prestação normativa.

E, para arrematar, é preciso advertir que não estamos diante de simples inércia do legislador ordinário, mas de uma inércia que frustra o usufruto de um direito fundamental, ou seja, não se trata de violação de “mera” norma constitucional – as quais já são valoradas com supremacia, pois estão no ápice da pirâmide do ordenamento jurídico – mas violação de normas constitucionais de direitos fundamentais – as quais podemos dizer que estão no ápice do ápice da pirâmide do ordenamento jurídico.

Portanto, se a inércia legislativa atacar a viabilidade da concretização de direitos fundamentais haverá acentuada gravidade na omissão inconstitucional, pois viola o que há de mais importante e valioso no nosso ordenamento jurídico, que são os direitos fundamentais, situação que nos permite saltar da indiferença à procura de mecanismos eficazes para colmatar a lacuna normativa.

Enfim, quando tivermos a ausência de normas instrumentárias para o gozo de direito fundamental a prestação material, com amparo constitucional em norma de eficácia limitada e essa omissão legislativa infraconstitucional for capaz de atingir a coletividade de cidadãos – que se deparam com restrições indevidas aos direitos fundamentais – é preciso conferir natureza de direito subjetivo ao direito fundamental

a prestação normativa (organização e procedimento), de preferência com exigibilidade por órgãos representativos de interesses coletivos, a fim de contribuir para a constituição de um regime jurídico próprio de tutela dos direitos fundamentais⁵⁴.

⁵⁴ É preciso registrar que neste ponto nos afastamos da doutrina tradicional do direito subjetivo, já que reconhecemos a existência de um direito subjetivo de natureza coletiva. Porém, este afastamento se justifica pelo fato de estarmos tratando de um regime jurídico de direitos especiais, quais seja, direitos fundamentais. Em outras palavras, não estamos tratando de um poder do indivíduo sobre determinado bem, mas sim da tutela coletiva de direitos fundamentais que devem ser prestados pelo Estado à todos os cidadãos. Ademais, não podemos nos esquecer que o direito subjetivo à legislação funda-se diretamente do texto constitucional que confere um direito subjetivo *prima facie*, dependente, portanto, da regulamentação infraconstitucional. Ou seja, o direito subjetivo à legislação não surge do nada, surge do próprio princípio que orienta a ideia de direitos fundamentais (COIMBRA; DRESCH, 2013).

3 O *DESIGN* CONSTITUCIONAL ADEQUADO À TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL A PRESTAÇÃO NORMATIVA

Após defender a possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo definitivo à prestação normativa (organização e procedimento) para conferir eficácia plena à norma constitucional de direito fundamental de prestação material, com o fito de constituir um regime jurídico próprio de tutela dos direitos fundamentais, é preciso identificar a possibilidade, e em que medida, dentro dos limites da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito, o Tribunal Constitucional⁵⁵ pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais a prestação normativa, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais a prestação material.

Uma vez reconhecido esse direito subjetivo, é preciso construir meios eficazes - e compatíveis com a teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático de Direito – para conferir exequibilidade a esse direito. Ou seja, é preciso definir qual instância legítima e competente para lidar com essa disfunção do sistema de tutela de direitos fundamentais e qual(is) o(s) limite(s) de sua atuação.

Portanto, neste capítulo pretendemos, primeiro, identificar os direitos fundamentais como uma espécie de trunfo contra a maioria. Isso porque é imprescindível que compreendamos que a concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria servirá como bússola para definir o sentido e alcance desses direitos em Estado Democrático de Direito – já que este modelo de Estado é limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionando como limites jurídico-constitucionais da inércia da maioria, que não pode simplesmente ignorar o comando constitucional e frustrar o direito

⁵⁵ É preciso esclarecer que quando mencionamos Tribunal Constitucional estamos a indicar o órgão que concentra as funções de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais e de controle de constitucionalidade por omissão, que no Brasil é atribuído ao Supremo Tribunal Federal. Então, sempre que mencionarmos Tribunal Constitucional estaremos, entre nós, indicando o Supremo Tribunal Federal, em que pese não desprezarmos a resistência de alguns doutrinadores em reconhecer o Supremo Tribunal como um Tribunal Constitucional, já que detém competências que extravasam esse conceito.

fundamental prestacional por ausência de regulamentação da norma constitucional de direito fundamental.

Em outras palavras, será demonstrado que as normas constitucionais de direitos fundamentais são partes da Constituição que se sobrepõem à todos os poderes constituídos, inclusive ao Legislador, e que o cidadão titular de um direito fundamental possui um trunfo contra a maioria que contrariar a Constituição por ação ou omissão.

Segundo, devemos avançar para encontrar a arquitetura constitucional adequada para promoção dos direitos fundamentais prestacionais, compatível com os preceitos do Estado Democrático de Direito. E, perseguindo a finalidade de identificar o *design* constitucional adequado à tutela dos direitos fundamentais⁵⁶, nos propomos a demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento da concepção clássica de separação de poderes, com a devida redistribuição das funções políticas no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Além disso, demonstraremos que no Estado Democrático de Direito, com viés social⁵⁷ – já que a Constituição assume compromissos de natureza prestacional -, o Tribunal Constitucional deve ser inserido, na distribuição das funções, como órgão de envergadura político-constitucional e despido de propósitos de ordem ideológica, porém, incumbido de funções políticas, a serem exercidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Em continuidade - partindo da ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria - e constatado um ponto de aparente tensão entre direitos fundamentais e a vontade majoritária (NOVAIS, 2006), é preciso identificar, dentro da estrutura de separação dos poderes vigente, a instância de poder mais

⁵⁶ Neste trabalho *design* constitucional adequado significa a forma ou funcionalidade adequada da teoria de separação dos poderes, ou seja, a forma adequada de relação e interação dos poderes da república.

⁵⁷ É importante observar que quando indicamos Estado Democrático de Direito com viés social, estamos a nos referir de Estados que possuem compromissos com os direitos sociais, ou seja, com os direitos a prestação material como representação da igualdade material entre os cidadãos. Em outros termos, estamos a nos referir dos Estados que buscam corrigir as desigualdades sociais através da promoção de políticas públicas distributivas de bens e serviços e de proteção aos que se encontram em situação de hipossuficiência.

apropriada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa na hipótese em que a inércia do legislador ordinário em promover os direitos fundamentais acaba por instituir uma situação fática de contrariedade à Constituição, gerando uma incompatibilidade entre o não agir legislativo e a Constituição.

Com isso, demonstraremos que a dinâmica da separação de poderes em Estado Democrático de Direito com forte viés no modelo social de Estado, revela a necessidade de se instalar um diálogo institucional cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional, sem uma pretensão exclusiva de interpretação da Constituição – que constitui o modelo comum de diálogo -, mas sob a ótica preponderante de proteção e promoção dos direitos fundamentais prestacionais, a ser exercido nas hipóteses de inércia do legislador ordinário em conformar a norma constitucional de direito fundamental a prestação material⁵⁸.

Nesta etapa do trabalho, portanto, pretendemos (a) identificar os direitos fundamentais como uma espécie de trunfo contra a maioria, mesmo nas hipótese em que esses direitos fundamentais exijam uma ação do Estado, (b) demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento da concepção clássica de separação de poderes, com a devida redistribuição das funções políticas no âmbito do Estado Democrático de Direito, identificando o lugar e o papel do Tribunal Constitucional nessa distribuição, (c) identificar, dentro da estrutura de separação dos poderes vigente, a instância apropriada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa na hipótese em que a inércia do legislador ordinário em promover os direitos fundamentais acaba por instituir uma situação fática de contrariedade à Constituição⁵⁹, (d) revelar a necessidade de instalação de um diálogo institucional cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional e, por fim,

⁵⁸ Advertimos que esse diálogo institucional cooperativo escapa do modelo comum de diálogo institucional no sentido de que esse último persegue uma interação entre Legislador e Tribunal Constitucional à procura da melhor interpretação da Constituição, ou seja, legisladores e juízes disputam a última palavra (mesmo que provisória) sobre o real sentido da Constituição, configurando uma atividade eminentemente interpretativa dos órgãos (MENDES, 2012). Já no diálogo cooperativo, pensamos que essa atividade interpretativa é secundária, já que o objetivo principal do diálogo não é interpretar a Constituição, mas sim promover o direito fundamental em escala mínima (BÁZAN, 2014).

⁵⁹ É importante ressaltar que quando nos referimos a uma instância apropriada para tutelar os direitos fundamentais estamos à procura de uma instância que possa, primeiramente, identificar e fiscalizar a ausência de norma regulamentar, dando início a um processo de tutela mais amplo e que exige a participação de outros órgãos do poder estatal. O tema será melhor desenvolvido no item 3.3.

(e) definir a possibilidade e em que medida o Tribunal Constitucional pode contribuir para provocar o legislador ordinário a sair do *status* de paralisia absoluta quanto à sua atividade conformadora.

E, finalmente, identificado esse *design* constitucional adequado à tutela dos direitos fundamentais, aplicável às hipóteses em que a inércia do legislador ordinário frustrar, totalmente, o usufruto do direito fundamental a prestação material com amparo constitucional, será possível comprovar, definitivamente, a viabilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestação normativa para garantia de direito fundamental a prestação material.

3.1 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria

Neste ponto do trabalho pretendemos identificar os direitos fundamentais como uma espécie de trunfo contra a maioria, baseando na ideia originária de Dworkin, posteriormente adaptada por Jorge Reis Novais, adaptação perfeitamente aplicável ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Isso porque é imprescindível que compreendamos que a concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria servirá como bússola para definir o sentido e alcance desses direitos em Estado Democrático de Direito – já que este modelo de Estado é limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionando como limites jurídico-constitucionais da inércia da maioria, que não pode simplesmente ignorar o comando constitucional e frustrar o direito fundamental a prestação material por ausência de regulamentação da norma constitucional de direito fundamental.

Ademais, restará evidente, ainda, que essa categoria teórica não se limita a um referencial de proteção privilegiada dos direitos políticos da minoria contra a decisão da maioria, ou seja, a ideia de direitos fundamentais como trunfo não pode ser tratada como objetivo de reforço da representação democrática e da

desobstrução dos canais da participação política, mas de um verdadeiro instrumento de tutela dos direitos fundamentais de natureza positiva e negativa.

A partir do momento em que os direitos humanos deixam de ser questões eminentemente filosóficas e políticas - complexo de argumentos e teorias manejado por homens com propósitos libertadores e de respeito ao indivíduo enquanto cidadão titular de direitos básicos - e ingressam no campo jurídico, quando se tornam bens jurídicos tutelados pelo direito – denominados direitos fundamentais -, temos uma nova etapa na “luta” pelos direitos do homem.

Uma vez reconhecidos pelos Estados e positivados nos ordenamentos jurídicos das organizações políticas, os direitos do homem deixam o campo da filosofia para ingressar no mundo do Direito, sobretudo do direito constitucional, ramo que estuda o documento jurídico que atualmente tem como uma de suas características servir de carta de direitos fundamentais do homem.

Com o reconhecimento de direitos fundamentais dos cidadãos pelas Constituições dos Estados do século XVIII, a questão de sua proteção sai da esfera política e ingressa no ambiente jurídico, pois não se manejará mais elementos filosóficos, históricos e culturais, mas elementos normativos, sobretudo de caráter constitucional⁶⁰.

Lembra Bobbio (2004, p. 29) que na história da formação dos direitos do homem podemos apontar, pelo menos, três fases. A primeira deve ser buscada nas obras dos filósofos onde “A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”.

Já na segunda fase os direitos do homem já não é mais expressão de uma nobre exigência, mas um ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos (BOBBIO, 2004, p. 29).

⁶⁰ Nas palavras de Bobbio (2004, p. 25): “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

A terceira fase seria o momento da universalização desses direitos positivados, onde os direitos fundamentais deixariam de ser titularizados apenas por cidadãos de determinados Estados para se tornar um direito universal de todo homem. São os direitos fundamentais sem fronteiras (BOBBIO, 2004, p. 29).

E quais as consequências de ter, em Estado Democrático de Direito, um direito fundamental, enquanto garantia jurídica da autonomia e da liberdade individual com nível e relevância constitucional? Para além da proteção de uma competência negativa do poder público, quais seriam as consequências do reconhecimento de direitos fundamentais de natureza prestacional em um Estado de Direito?

Questão preliminar, e que precisa ser ressaltada, é que não se deve estabelecer nenhum tipo de diferença de nível e relevância entre os direitos fundamentais positivos e negativos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999). Devemos partir do pressuposto de que ambas as categorias de direitos possuem a mesma dignidade e importância no contexto de um regime unitário e próprio de tutela dos direitos fundamentais. É um grave erro seguir um pensamento discriminatório e preconceituoso em relação aos direitos prestacionais.

A seguir, temos que a resposta perpassa pela evidente necessidade de se constituir garantias fortes e efetivas, aptas a tutelar os direitos fundamentais na sua totalidade, com força suficiente para vincular diretamente o Estado e suas entidades públicas, tudo isso com o fito de conferir força normativa à Constituição.

A consequência direta de se ter direitos fundamentais na Constituição do Estado Democrático de Direito é que se deve, portanto, viabilizar instrumentos de garantias eficazes para a tutela desses direitos, com o escopo de se instalar uma democracia comprometida com a proteção e promoção dos direitos fundamentais, mesmo que contrário à vontade majoritária e dos detentores do poder estatal.

Segundo Robert Alexy (2011, p. 446-450), essa consequência é representada na fórmula de que direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

Não haverá, verdadeiramente, nem direitos fundamentais e nem Estado de Direito se não estiver adequadamente assegurada a plenitude da sua tutela. Sem ferramentas ou instrumentos de proteção dos direitos fundamentais não é possível falar em regime jurídico de tutela desses direitos.

Ou seja, nesses termos, os direitos fundamentais – estando inclusos os direitos a prestações materiais e normativas, ou ditos direitos sociais – são posições jurídicas do cidadão que devem ser aptas a serem reivindicadas do próprio Estado, o qual estaria vinculado e subordinado à Constituição. E quando dizemos Estado estamos a nos referir, também, o Legislador Infraconstitucional, órgão representativo da maioria.

E, um problema que surge, nesse contexto, é a dificuldade em compatibilizar a ideia de democracia, como forma de poder legitimado pela participação livre da maioria, representada pelo Legislativo, e os direitos fundamentais, concebidos como garantias individuais ou coletivas fortes e oponíveis às decisões daquela maioria democrática, ou mesmo da inércia daquela maioria em promover os direitos fundamentais.

Isso porque, em democracia a vontade estatal é formada, geralmente, pela soma das vontades individuais, ou seja, a vontade da maioria dos membros da sociedade tende a ser a vontade da organização política, desde que respeitadas as regras procedimentais de debate e formação dessa maioria. Portanto, nos Estados Democrático de Direito valoriza-se muito as decisões deliberativas do Legislador, pois trata-se de instância representativa da vontade popular, pois ali estarão os representantes do poder soberano, que é o povo.

Por outro lado, os direitos fundamentais esculpidos na Constituição, oriundos de uma decisão política adotada pelo Constituinte, logo após algum fato histórico que tenha ensejado a formação desse Poder soberano, às vezes podem representar algo que esteja na contramão da vontade majoritária circunstancial, ou seja, os direitos fundamentais podem ser valores que, naquele momento, a sociedade não esteja disposta a defender ou promover.

Assim, evidenciada estará a dificuldade em se reconhecer os direitos fundamentais como uma esfera de proteção do cidadão oponível, inclusive, contra o Estado ou mesmo contra a vontade da maioria, representada pelas decisões, ou não decisões, do legislador ordinário⁶¹.

No entanto, essa tensão é apenas aparente, pois somente haverá proteção e promoção dos direitos fundamentais em ambientes democráticos, ao passo que somente haverá verdadeira democracia se os direitos fundamentais forem respeitados. Portanto, é possível perceber, na verdade, uma conexão, uma integração e complementação entre democracia e direitos fundamentais. O Estado contemporâneo que tiver uma Constituição que adote o regime democrático deve, também, prever uma carta mínima de direitos fundamentais, ao passo que esses dois elementos devem conviver harmônica e simultaneamente no Estado Democrático de Direito, de forma que sejam complementares e integrativos (NOVAIS, 2006, p. 19).

Assim, temos que essa dificuldade é apenas aparente, exatamente se considerarmos a importância dos direitos fundamentais para a existência do próprio Estado de Direito e da democracia. Afinal, como ensina Bobbio (2004, p. 1):

[...]. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.

Nunca é demais lembrar que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

⁶¹ Neste ponto, discorrendo sobre a tensão – ou até mesmo de oposição – entre direitos fundamentais e o poder democrático, e em última análise entre constitucionalismo e democracia Jorge Reis Novais (2006, p. 22) explica que: “Por último, mesmo que a prevalência do princípio do Estado de Direito sobre o princípio democrático não se manifeste tão ostensivamente, há sempre uma compressão ou privação da margem de livre decisão do legislador democrático, da maioria, que resulta, por definição, da existência de uma Constituição rígida que lhe coloca limites intransponíveis. Nesse sentido, os direitos fundamentais, enquanto núcleo substantivo que delimita uma área de competência negativa que o legislador democrático não pode invadir, ou só pode invadir condicionada e excepcionalmente, assumem uma natural vocação contramajoritária ou até um carácter de algum modo denegridor da democracia”.

Além disso, temos que em Estado não democrático a separação dos poderes se torna enfraquecida, ou até mesmo inexistente, concentrando poderes do Estado, fato que acarretará uma inevitável desvalorização dos direitos fundamentais, ao ponto de poder ser questionado se esse modelo de Estado possui mesmo Constituição.

Por outro viés, a dita integração entre democracia e direitos fundamentais é percebida, também, no sentido inverso. Ou seja, a democracia também precisa dos direitos fundamentais. Sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia (NOVAIS, 2006, p. 20). Ora, se ao cidadão é subtraído o regular exercício dos direitos fundamentais, de qualquer categoria, não é possível garantir uma efetiva participação de todos os cidadãos na formação da vontade política. Se não há o exercício dos direitos fundamentais não há que se falar em igualdade de participação de todos, ou seja, não há igual consideração à todos os membros da sociedade⁶².

No atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, onde se avança para promover, além dos direitos negativos, os direitos positivos, com o escopo de diminuir as desigualdades sociais, econômicas e culturais entre os cidadãos de uma mesma nação, impõe-se a necessidade de se construir instrumentos para garantir a proteção e promoção desses direitos fundamentais, devidamente amparados pelas Constituições.

É com base nessa necessidade que nos valem da ideia de Dworkin (2010, p. 283), posteriormente defendida pelo professor português Jorge Reis Novais, para o qual ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas, o que significa que tendo em conta que o outro “jogador” é o próprio Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, significando, ao final, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta

⁶² Nas palavras de Novais (2006, p. 20): “[...]; se se priva parte da população de direitos, se não se lhe reconhece igual consideração no processo de deliberação, se se inibe ou não se assegura a sua igual presença na governação, se se diminui o seu estatuto e não se garante a todos uma esfera de igual liberdade de escolha com efectividade e autonomia, a vida democrática não é livre nem igualitária e, logo, o poder não é democrático”.

decide de acordo com o procedimento democrático instituído (NOVAIS, 2006, p. 17-18).

Em síntese, a ideia pode ser formulada no sentido de que os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado e que ser titular de um direito fundamental significa ter um trunfo contra o governo democraticamente legitimado, mesmo que contrário à vontade da maioria que se utiliza dos procedimentos democráticos instituídos para legitimar sua vontade (NOVAIS, 2006, p. 17-18).

Com isso, os direitos fundamentais constituem garantias jurídico-constitucionais que são retiradas da livre disponibilidade dos poderes públicos, o que corresponde, em última análise, ser os direitos fundamentais trunfos contra a maioria.

O reconhecimento dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria constitui uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequada a um Estado de Direito que assenta (a) na exigência material do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e (b) na garantia jurídico-constitucional da vinculação e indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria (NOVAIS, 2006, p. 49).

O ponto unificador desse entendimento é que “todas as pessoas têm igual dignidade, pelo que têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito (Dworkin) e a poder conformar responsabilmente a sua própria vida em autonomia e liberdade” (NOVAIS, 2006, p. 51).

É possível apontar, ainda, três direções para o tratamento do princípio da dignidade da pessoa humana como guia para a defesa dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria: (a) atribuição, através da hermenêutica, à autonomia do titular a maior relevância na determinação do sentido normativo e das modalidades de exercício do conteúdo protegido dos direitos fundamentais; (b) a identificação de um conjunto de razões que afastem justificações de limitações e restrições à autonomia e liberdade individuais; (c) a dedução de um conjunto de princípios jurídicos estruturantes de Estado de Direito que permita ao Poder

Judiciário distinguir restrições admissíveis e restrições inadmissíveis, como os princípios da igualdade, da proibição do excesso, da segurança jurídica, proteção da confiança, da proibição de déficit, todos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana, constitutivos de um instrumentário para o controle de constitucionalidade das restrições (NOVAIS, 2006, p. 49-60).

A defesa dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria vai além de exigências morais ou desenvolvidas a partir, apenas, do princípio da dignidade da pessoa humana, como corolário de uma esfera individual intransponível pelo Estado, mesmo que representativo da vontade da maioria.

Isso porque a ideia de trunfos contra a maioria decorre, ainda, do reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, por mais legítimo e representativo sejam os poderes constituídos, todos devem respeito ao que a Constituição reconhece como direito fundamental (NOVAIS, 2006, p. 60-68)⁶³.

Então, mais que respeitar e defender que todas as pessoas têm igual dignidade, devendo ser tratadas com igual consideração e respeito, e que possuem autonomia e liberdade para conduzir as próprias vidas, de acordo com seus padrões de moralidade e de “vida boa”, afirmar que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria representa a supremacia da Constituição em relação aos poderes constituídos, ou seja, que todos os poderes, de todas as esferas, devem respeito às normas e comandos constitucionais, sobretudo quando se tratar de direito fundamental.

Além disso, percebe-se que esse recurso é adequado para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja debilidade, isolamento, vulnerabilidade ou marginalidade os coloquem em posição desfavorável quanto à possibilidade de participarem da formação da vontade estatal, perpetuando, desta forma, a discriminação e marginalização desse grupo no que toca à participação

⁶³ Nas palavras de Jorge Reis Novais (2006, p. 36): “a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não é mera exigência política ou moral ou uma construção teórica artificial. Ela é também uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a Constituição a sério: por maioritárias que sejam, os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”.

política efetiva, e por consequência, a violação aos seus direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais.

É perceptível que a violação aos direitos fundamentais a prestações materiais, que garantam o mínimo para uma vida digna e verdadeiramente livre, gera uma espiral de violações, já que aquela pode conduzir a uma violação aos direitos à participação da formação da vontade política do Estado e, por consequência, da igual consideração de todos os cidadãos no debate político. Enfim, o sujeito apenas será absolutamente livre quando tiver condições mínimas de participar da vida política da nação, e isso somente será possível quando o cidadão estiver à sua disposição os bens essenciais para a manutenção, com o mínimo de dignidade, de sua vida.

Portanto, essa ideia de direitos fundamentais como instrumentos que vinculam a maioria deve ser aplicada, perfeitamente, aos direitos fundamentais positivos – ou direitos fundamentais sociais -, hipótese em que se retira da maioria o poder de decidir agir ou não agir, regulamentar ou não regulamentar direito fundamental a prestação material previsto na Constituição.

Segundo Jorge Reis Novais, em Estado de Direito com perspectiva social, como pode ser considerado o nosso, o Estado está ainda obrigado a promover o acesso igualitário dos particulares aos bens protegidos pelos direitos fundamentais, sobretudo quando esses particulares, afetados por especiais debilidades, não dispõem de recursos e meios próprios para obtê-los (NOVAIS, 2012, p. 60-65).

Os direitos fundamentais como trunfo contra a maioria não pode se limitar a proteger uma esfera individual intransponível pelo Estado, ou seja, impor, apenas, uma esfera de competência negativa do Estado, mas deve servir também para denunciar a inércia do Estado em promover os direitos fundamentais que dependem de sua intervenção por meio de regulamentação, porque afinal, o não agir do poder público, mesmo que venha de uma vontade majoritária do órgão representativo, também transmuda-se em hipótese de violação dos direitos fundamentais, e essa inércia deve, de alguma forma, ser superada pelo Estado Democrático de Direito.

Ao poder eleito não seria permitido violar a Constituição através de omissão total, importando, em última análise, em uma obrigação do legislador democrático em regulamentar/configurar o direito fundamental, iniciando, portanto, o debate institucional da implementação do direito fundamental no ordenamento infraconstitucional.

E não há que se falar que essa inércia está inserida no âmbito de liberdade do Legislador em promover restrições aos direitos fundamentais prestacionais, porque afinal, essa categoria de direito pode sofrer restrições por parte do legislador ordinário, mas a total inércia desse órgão em regulamentar o direito fundamental contido em norma constitucional de eficácia limitada extrapola o seu campo de atuação nas restrições para alcançar a absoluta frustração do usufruto dos direitos fundamentais. É o respeito ao conhecido lema “não mais direitos fundamentais à medida das leis, mas leis segundo os direitos fundamentais” (KRÜGER, 1950 *apud*, NOVAIS, 2003, p. 24).

Na verdade, sem essa concepção de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, inevitavelmente a minoria e os grupos que não têm acesso aos bens básicos para o desenvolvimento individual seriam discriminados e as concepções minoritárias e marginalizadas perseguidas e suprimidas, em total afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, além do que restaria frustrada a implementação dos direitos fundamentais que beneficiasse a minoria ou a classe de cidadãos com baixa representatividade no Legislativo.

Ademais, a ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria não pode ser encarada como mera exigência política, moral ou ideológica, ou mesmo como uma construção teórica com finalidade puramente acadêmica. Essa exigência parte da própria Constituição e sua força normativa, já que temos que levar a Constituição a sério. Em outras palavras, os poderes constituídos, mesmo que representantes da vontade da maioria dos indivíduos que integram a coletividade não podem simplesmente deixar de respeitar aquilo que a Constituição reconhece como um direito fundamental (NOVAIS, 2006, p. 36).

Com isso, percebemos a importância dessa concepção de direitos fundamentais, que vem de encontro com o entendimento de que o cidadão é titular

de um direito subjetivo à legislação infraconstitucional, sobretudo em países como o Brasil, que possui uma gama de direitos fundamentais expressamente positivados na Constituição dependentes de regulamentação.

Por outro lado, é preciso compreender que a concepção dos direitos fundamentais como trunfos não se limita a um referencial de proteção privilegiada dos direitos políticos da minoria contra a decisão da maioria, ou seja, a ideia de direitos fundamentais como trunfo não pode ser tratada como objetivo de reforço da representação democrática e da desobstrução dos canais da participação política, mas de um verdadeiro instrumento de tutela dos direitos fundamentais de natureza positiva e negativa (NOVAIS, 2006, p. 31).

Portanto, temos que o sentido e alcance dos direitos fundamentais em Estado Democrático de Direito – já que esse modelo de Estado é limitado pelos direitos fundamentais e juridicamente vinculado à sua defesa e promoção – funcionam como limites jurídico-constitucionais da decisão ou inércia da maioria. Ou seja, o princípio do Estado de Direito – que garante direitos fundamentais – é limite intransponível que se impõe ao poder legítimo, seja através de ação ou de omissão dos poderes constituídos (NOVAIS, 2006, p. 33).

3.2 O papel do Tribunal Constitucional em uma concepção adequada da teoria da separação dos poderes

Bem definidos os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria e superada a ideia de tensão entre jurisdição constitucional e legislador ordinário como guardiões da definição do sentido e alcance das normas constitucionais de direitos fundamentais, devemos avançar para encontrar a arquitetura constitucional mais adequada para promoção desses direitos fundamentais prestacionais.

E, perseguindo a finalidade de identificar esse *design* constitucional adequado para a tutela dos direitos fundamentais a prestações normativas, neste tópico nos propomos a demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento da concepção clássica

de separação de poderes, com a devida redistribuição das funções políticas no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Além disso, demonstraremos que em Estado Democrático de Direito voltado para um modelo de Estado Social – já que a Constituição assume compromissos de natureza prestacional -, o Tribunal Constitucional deve ser inserido, na distribuição das funções, como órgão de envergadura político-constitucional e despido de propósitos de ordem ideológica, porém, incumbido de funções políticas, a serem exercidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais prestacionais.

Porém, primeiramente, é preciso registrar que não é possível identificar um *design* constitucional adequado à tutela de direitos fundamentais sem reconhecer o papel e a importância das doutrinas clássicas sobre a separação de poderes.

Seguindo um roteiro seguro, traçado por Nuno Piçarra (1989), é possível encontrar as origens remotas da doutrina da separação dos poderes na teoria da constituição mista (versões aristotélica e polibiana), partindo para as origens mais próxima, a *rule of law*, passando necessariamente por John Locke, Montesquieu e Rousseau.

No entanto, não é a pretensão deste trabalho discorrer minuciosamente sobre as teorias que sustentaram, nos diversos momentos da história, a separação de poderes nos vários modelos de Estado.

Seguiremos de um ponto de partida, qual seja, o princípio constitucional da separação de poderes no Estado liberal. E optamos por iniciar nossa análise nessa fase de desenvolvimento do constitucionalismo porque é neste momento em que é possível identificar, indubitavelmente, os direitos fundamentais como verdadeiros valores a serem tutelados pela Constituição e, em última hipótese, pelo próprio Estado.

É neste momento do constitucionalismo que verificamos a valorização da teoria dos direitos fundamentais, direitos que passam a ser positivados e protegidos pelos Estados. Enfim, é o início da ideia de tutela dos direitos fundamentais pelo Estado através de seus órgãos e da separação de poderes, findando a fase do

absolutismo monárquico, em que os cidadãos ficavam à mercê da vontade do monarca.

E nesta etapa do constitucionalismo, o valor subjacente ao conceito de separação dos poderes era a liberdade. Ora, toda a teoria de separação dos poderes, nesta concepção, foi construída com base em uma perspectiva liberal, antiabsolutista, circunscrita ao domínio de que a limitação do exercício do poder estaria relacionada à garantia da liberdade individual.

A teoria da separação de poderes no Estado liberal firmou-se em um contexto de valorização à proteção da liberdade individual em face dos abusos do Estado, no qual era evidente a dicotomia Estado-sociedade pela prevalência de uma relação vertical de subordinação entre os dois.

Portanto, percebemos que na sua concepção clássica o valor liberdade se torna o elemento justificador da teoria de separação dos poderes, passando a fazer parte de seu núcleo imutável⁶⁴.

No entanto, no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, não existem mais razões para compreender a separação de poderes como um instrumento, exclusivamente, de luta contra o poder absoluto. Não podemos permitir mais uma interpretação do princípio da separação dos poderes com o olhar voltado, exclusivamente, para o passado. É preciso contextualizar a teoria no modelo de Estado atual e no estágio contemporâneo de direitos fundamentais.

⁶⁴ Como bem adverte Nuno Piçarra (1989, p. 143-144), ao se referir ao princípio constitucional da separação dos poderes no Estado de Direito Liberal: “Esse ideário, síntese mais ou menos harmoniosa de muitos contributos e influências que, desde a Idade Moderna, se vinham fazendo sentir e que, nalguns casos, se traduziram no retomar de ideias da Antiguidade greco-romana, pretendeu-se um ideário essencialmente de ruptura com a ordem político-social medieval, em que o indivíduo e a sociedade política constituíam uma unidade dialéctica, um indefectível continuum. Tal ideário, cuja forma mais acabada lhe foi dada pelo Iluminismo, tem como premissa essencial não essa unidade medieval, mas, muito ao contrário, a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, considerado em si mesmo e não previamente inscrito em ‘ordens naturais’, gozando reflexamente os direitos ou os privilégios que destas fossem atributo, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder. Esta antinomia e a procura da sua solução é que virão a determinar a construção de novos modelos de Estado e novas formas de poder político que, em radical alternativa à velha ordem feudal, garantam a afirmação do indivíduo enquanto tal, a salvaguarda dos seus interesses próprios, e lhe assegurem uma liberdade, a ‘liberdade moderna’ que é, essencialmente, autonomia individual perante o Estado e a sociedade, ao contrário da velha ‘liberdade-participação’ dos antigos ou da ‘liberdade-privilégio’ medieval”.

Afinal, não há espaço para uma leitura do princípio da separação de poderes, na sua concepção clássica, num contexto em que o Estado Democrático de Direito assume compromissos com os direitos fundamentais de segunda dimensão, carecendo, portanto, de instrumentos ágeis e flexíveis para sua concretização.

O Estado liberal possuía deveres exclusivos de abstenção (negativos), ao passo que o Estado Democrático de Direito, na perspectiva social, possui deveres de postura proativa (positivos), visando não apenas a proteção, mas a promoção de direitos socioeconômicos e de natureza difusa.

Nessa ordem, surge a necessidade da Constituição e a separação de poderes permitirem instrumentos eficazes no controle e fiscalização das omissões estatais na promoção de direitos fundamentais, possibilitando a cooperação entre os poderes nesse desiderato de sempre respeitar e resguardar os direitos fundamentais, sobretudo quando há inércia de algum dos poderes nessa promoção.

Induvidosamente, uma das principais finalidades da existência de Estados contemporâneos é a promoção dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição, de forma que a estabilidade entre os poderes, com a extirpação de desequilíbrios institucionais e a superação de conflitos ou incompatibilidades entre as ações ou omissões dos poderes e a Constituição, deve ser um dos principais papéis desempenhados pelo princípio da separação de poderes.

Desta forma, temos que o valor liberdade continua a integrar o núcleo essencial da separação de poderes, porém como valor a ser preservado sempre e fim último a ser perseguido. Não se trata mais, apenas, daquela liberdade do Estado liberal-burguês, mas como corolário da dignidade da pessoa humana, correspondendo a um conjunto mínimo de condições materiais essenciais e elementares para uma vida digna.

Enfim, precisamos buscar conferir novos sentidos e alcances para uma teoria que vem se renovando com o passar do tempo e desenvolvimento dos Estados, devendo se converter em uma técnica instrumental para o aperfeiçoamento da relação entre Estado e cidadão.

Ademais, o pluralismo e complexidade da sociedade e das relações entre Estado e cidadão reforça a necessidade de construção de fórmulas mais criativas e menos cerradas para a teoria de divisão dos poderes. Com isso deve-se abrir espaço para sistemas mais complexos, maleáveis e sofisticados.

Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes significa muito mais que mera técnica de especialização funcional, consagrando-se, também, como instrumento de cooperação, harmonia e moderação entre as funções.

Nesse diapasão, com brilhantismo, Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Eduardo Dieder Reverbal (2016) promovem profundo estudo sobre a evolução da teoria da separação dos poderes, defendendo em última análise uma hexapartição dos poderes – e não a clássica tripartição -, discorrendo sobre a separação dos poderes na atualidade e, especificamente, sobre a natureza material das funções do Tribunal Constitucional.

Nesse ponto, sustentam os autores que a atuação do Tribunal Constitucional insere-se em uma função política de última instância, ou de nível fundamental, concorrente com a natureza da função do chefe de Estado. Estes dois órgãos, de inserção constitucional, agiriam no plano dos fins últimos do Estado e da política, encarnando a Constituição como valor supremo e sustendo-se em um consenso suprapartidário e supraideológico das forças políticas (SOUZA JUNIOR; REVERBAL, 2016, p. 131).

Ou seja, o Tribunal Constitucional, juntamente com o órgão que exercesse a função de chefia de Estado, atuaria em nível eminentemente Constitucional, acima de disputas ideológicas e partidárias. Enfim, não compete à Suprema Corte imiscuir em questões ordinárias e circunstanciais, mas, tão somente, em questões de natureza constitucional, de funcionamento básico do Estado Democrático de Direito e, claro, de garantia dos direitos fundamentais⁶⁵.

⁶⁵ Ainda com ênfase nas funções exercidas pelo Tribunal Constitucional Souza Junior e Reverbal (2016, p. 133) sustentam que: “Em síntese, na perspectiva funcional material, o poder constituinte originário, pela via da hexapartição dos poderes, comissionou o Tribunal Constitucional com uma parcela importantíssima da função política de última instância. Qual seja: a função de defender e concretizar, progressivamente, a Constituição normativa, fulcrada em texto escrito, com vocação de supremacia, enquanto a Constituição é o instrumento que apresenta a unidade da sociedade (acima

Já em nível ordinário teríamos Governo e Parlamento, correspondendo às divisões partidárias e ideológicas, no plano dos fins de endereço político “governamental”. Estas instâncias de poderes seriam o âmbito apropriado para disputas ideológicas e circunstanciais, local para debate político sobre o melhor caminho a se adotar naquele momento histórico e cultural, tudo em conformidade com os ditames da Constituição e os limites impostos pelos direitos fundamentais (SOUZA JUNIOR; REVERBAL, 2016, p. 131-132).

E, por fim, teríamos a Administração e o Poder Judicial em nível concreto, lidando com os fins imediatos e concretos da política de todos os dias. Seriam órgãos de atuação mais concreta e limitada, pois não poderiam inovar e criar Direito, mas apenas fazer valer as normas postas em nível ordinário (SOUZA JUNIOR; REVERBAL, 2016, p. 131-132).

Portanto, segundo a hexapartição de poderes proposta pelos autores, é fácil perceber que no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito – de passagem para um Estado Constitucional - o chefe de Estado e o Tribunal Constitucional atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos em nível constitucional por via de normas jurídicas que, de um lado exigem concretização, de outro gozam de supremacia⁶⁶.

das diversidades internas de qualquer cunho), e que expressa o consenso democrático, generoso e incluyente, em torno dos valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo”.

⁶⁶ Conf. Souza Junior e Reverbel (2016, p. 121-122) que afirmam: “O Tribunal Constitucional foi a instituição inventada no século XX para justamente atender os desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar. Com a evolução do segundo pós-guerra, no sentido de uma Constituição de valores mínimos, esse Tribunal triunfa definitivamente. É a marca registrada do tipo de Estado Social que se estabeleceu na Europa Ocidental nos últimos cinquenta anos. O Tribunal Constitucional é ao mesmo tempo causa e consequência do diálogo entre o direito constitucional e os valores éticos do convívio sociopolítico”. E continuam os autores (2016, p. 122): “[...]. Mais, o Tribunal Constitucional, assumindo explicitamente sua natureza política, está viabilizando e conduzindo, diante de nosso olhar atônito de juristas mais maduros, neste momento da evolução da Supremacia do Direito, o delicadíssimo trânsito do Rechtsstaat para o Verfassungsstaat. É a cultura jurídica ocidental em seu supremo esforço de aproximar, quase identificando, a axiologia da Constituição com o essencial da axiologia jurídica, incessantemente renovada no filosofar cotidiano do direito enquanto experiência concreta da razão prática. Estamos cada vez mais convencidos: sem Tribunal Constitucional especializado e concentrador da jurisdição constitucional não seria possível o Verfassungsstaat. Dizendo de outra forma, a tentativa de implantá-lo num sistema difuso de controle de constitucionalidade destruiria, por sobredose política, a juridicidade do poder judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito”.

E, sob essa perspectiva, os autores ainda indicam as principais atuações desses órgãos de função política como: (a) renovar, continuamente, o consenso político; (b) atualizar o poder constituinte originário; (c) arbitrar conflitos entre poderes; e, (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 133-134).

Nesse ponto, é preciso ressaltar, ainda, não apenas a natureza material da atividade exercida pelo Tribunal Constitucional, mas também a natureza formal de suas funções, pois em última análise, percebemos a imersão da Corte Constitucional em atividade eminentemente abstrata e com eficácia *erga omnes*, ou seja, bem próxima da atividade legislativa.

Segundo Souza Junior e Reverbil (2016, p. 135), o Tribunal Constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional mas formalmente legislativa.

Se nos atentarmos, perceberemos, portanto, que o âmbito de atuação do Tribunal Constitucional se aproxima bastante da atividade criativa ou reveladora de direito, sobretudo se atrelada à proteção e promoção dos direitos fundamentais, pois nessas hipóteses a Jurisdição Constitucional deverá oferecer soluções que podem extrapolar o campo de definição do conteúdo da lei ordinária, tudo com o escopo de garantir aplicabilidade às normas constitucionais de direitos fundamentais⁶⁷.

E essa ideia recebe contornos especiais quando focamos nossa análise na função desempenhada pelo Tribunal Constitucional na tutela e promoção de direitos fundamentais a prestação normativa.

Sabemos que, sob o pálio do presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988), a produção legislativa ordinária no Brasil envolve uma profunda e delicada relação entre os poderes Legislativo e Executivo, que estão diretamente envolvidos

⁶⁷ Sobre essa perspectiva, Souza Junior e Reverbil (2016, p. 134-135) sustentam que: “Enfim, o Tribunal constitucional cria direito. A forma do ‘produto final’ de sua atividade é legislativa, inicialmente negativa, mas, atualmente, também positiva. Portanto, na forma de sua ação sobre o ordenamento jurídico, a função do Tribunal Constitucional é de natureza legislativa. Suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram matéria de fato concreto. Em consequência, a eficácia subjetiva das decisões é, em princípio, *erga omnes* e *ex tunc*, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo, da Administração e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento”.

em uma pauta legislativa de âmbito nacional, sempre em articulação constante para o andamento eficaz do processo legislativo e a produção do ordenamento infraconstitucional.

Ordinariamente, o Tribunal Constitucional funciona, apenas, como um garante da ordem constitucional, já que exerce, em regra, o controle de constitucionalidade repressivo dos atos normativos proferidos nesse processo legislativo, ou, em outros termos, a atividade de legislador negativo (KELSEN, 2013).

No entanto, quando tratamos de tutela e promoção de direitos fundamentais, sobretudo o de natureza prestacional normativa, é preciso compreender que a função do Tribunal Constitucional deve ultrapassar o seu exercício ordinário, no sentido de que esse órgão possa desenvolver, em harmonia com os demais poderes, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais.

É preciso revelar que, em uma concepção adequada da teoria de separação de poderes, o Tribunal Constitucional deve desenvolver uma atividade mais positiva na tutela dos direitos fundamentais, participando de alguma maneira, se necessário, do processo de regulamentação/concretização desses direitos fundamentais materiais, através do direito à prestação normativa.

O Tribunal Constitucional precisa reconhecer a sua importância e assumir um papel de partícipe na promoção de direitos fundamentais a prestação material que são frustrados ante a inércia do legislador ordinário em conferir a devida regulamentação da norma constitucional de direito fundamental.

Ressaltamos que, dentro do atual modelo de Estado Democrático de Direito e respeitando a essência da teoria de separação dos poderes, uma atividade de natureza positiva do Tribunal Constitucional, com reflexos no processo legislativo ordinário, somente seria permitida para a exclusiva tutela e promoção de direitos fundamentais.

No entanto, é preciso registrar, para estancar qualquer margem de dúvida, que não defendemos a substituição da atividade legislativa pelo Tribunal Constitucional, mas apenas, que esse órgão de cúpula possa, em alguma medida,

provocar o legislador ordinário a exercer sua função de regulamentar a norma constitucional de direito fundamental prestacional.

Além disso, como registrado linhas alhures, não entendemos pertinente que o Tribunal Constitucional promova individualmente a concessão do direito fundamental a prestação material – que dependa de regulamentação - a fim de garantir a máxima eficácia da Constituição, mas sim que atue na efetivação, através do legislador, do direito fundamental a prestação normativa.

Ademais, cada poder constituído deve servir de fiscal dos demais poderes no que toca o cumprimento e respeito dos direitos fundamentais. Além disso, nessa distribuição de funções entre os poderes, os tribunais continuam a desempenhar papel fundamental no controle de conformidade de atuação dos poderes constituídos com os direitos fundamentais consagrados na Constituição (PIÇARRA, 1989, p. 196).

Segundo Souza Junior e Reverbel (2016, p. 141):

Na verdade, o Tribunal Constitucional coroa uma longa, bela e rica evolução histórica da divisão dos poderes, como tentamos mostrar no curso dessas páginas. Ele pressupõe um desdobramento e uma maturação anterior. Atua, em relação aos órgãos políticos independentes, como fecho da abóbada, mediante técnica jurisdicional, para a proteção e concreção da Constituição, instrumento jurídico fundamental que sustenta todo o sistema político e o regime democrático.

É exatamente nessa ordem de ideias que constatamos que o atual formato do Estado Democrático de Direito e estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais impõe a necessidade de recompor a clássica ideia de separação de poderes, acabando por influenciar, inclusive, a relação entre esses poderes, alçando o Tribunal Constitucional a um papel de relevo nessa relação, inclusive sendo defendido que teríamos ingressado em um governamentalismo com Tribunal Constitucional, representado em um projeto mais moderno, mais eficiente e mais equilibrado de arquitetura constitucional (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 141).

Entendemos que esse posicionamento do Tribunal Constitucional na dinâmica de separação de poderes é a mais adequada para a garantia de uma efetiva tutela dos direitos fundamentais prestacionais, já que permitirá à Corte participar da

promoção dos direitos fundamentais através de provocação ao legislador ordinário para que promova a devida regulamentação da norma constitucional de direito fundamental, solucionando o problema de ordem infraconstitucional para todos os cidadãos, e não apenas para os que baterem à porta do Poder Judiciário.

Ou seja, nessa concepção adequada da teoria da separação dos poderes, voltada para a tutela dos direitos fundamentais, revela-se um Tribunal Constitucional como órgão de natureza política, de última instância e de nível fundamental, instalado no mesmo nível da chefia de Estado, com uma função de suma relevância na proteção e tutela da Constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais.

E, por consectário lógico, se ao Tribunal Constitucional é dada a função de tutelar os direitos fundamentais a prestação material, os quais são violados por uma omissão do legislador infraconstitucional de regulamentar a norma constitucional – violação identificada nesta pesquisa –, é preciso conferir à Corte meios eficazes de afastar essas violações. E o instrumento mais eficaz, sem dúvida, é permitir-lhe superar a inércia legislativa, possibilitando-lhe provocar, efetivamente, a atuação legislativa inicial de regulamentação da norma constitucional.

Enfim, o Tribunal Constitucional, nesta concepção adequada de separação de poderes para a tutela de direitos fundamentais, participaria efetivamente da promoção dos direitos fundamentais, preservando e realizando a Constituição, porém, sem substituir ao legislador ordinário, mas provocando-o a agir e exercer a sua função.

3.3 O Tribunal Constitucional como instância de tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa

Na primeira parte do capítulo buscou-se identificar os direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais que, por sua natureza, são retiradas da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, ou seja, que não ficam à mercê da vontade política majoritária. Em outras palavras, restou firmado que as normas

constitucionais de direito fundamentais são partes da Constituição que se sobrepõem à todos os poderes constituídos, inclusive ao Legislador, e que o cidadão titular de um direito fundamental, ao fim e ao cabo, possui um trunfo contra a maioria, quando esta maioria viola os direitos fundamentais por ação ou omissão.

Ademais, demonstrada a necessidade de aperfeiçoamento da concepção clássica de separação de poderes, com a devida redistribuição das funções políticas no âmbito do Estado Democrático de Direito, e identificado o lugar e o papel do Tribunal Constitucional nessa distribuição, como órgão de natureza política e de nível fundamental na organização do Estado, indicando ainda a sua função precípua de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, devemos avançar para apontar, definitivamente, a instância adequada para a tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa.

Ou, sob outra ótica - partindo da ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria - e constatado um ponto de aparente tensão entre direitos fundamentais e a vontade majoritária, é preciso identificar, dentro da estrutura de separação dos poderes proposta, a instância apropriada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa na hipótese em que a inércia do legislador ordinário em promover os direitos fundamentais acaba por instituir uma situação fática de contrariedade à Constituição.

No entanto, antes é preciso esclarecer que, nesta parte do trabalho, quando nos referimos à tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa, estamos tratando de uma atividade mais restrita, em que a incumbência do órgão se limita em identificar e fiscalizar a frustração do direito fundamental prestacional por ausência de norma regulamentadora, dando início a um processo de tutela mais amplo e que exigirá a participação de outros órgãos do poder estatal na promoção da regulamentação (atividade legislativa).

Portanto, quando procuramos uma instância apropriada para a tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa, estamos, ao final, buscando identificar o órgão que dará início ao processo de tutela efetiva aos direitos fundamentais, mas não um órgão que possa, por si só, tutelar e entregar os direitos fundamentais a prestação normativa ao cidadão.

Feitos esses esclarecimentos, a primeira questão que se coloca é: nas sociedades, em Estado Democrático de Direito, com Constituição rígida e com previsão de direitos fundamentais, quando há desacordos sobre o cumprimento das normas constitucionais de direitos fundamentais, qual a esfera competente para dirimir esse desacordo de natureza eminentemente jurídica?

Essa questão ganha contornos especiais quando destacamos que esse desacordo, de natureza eminentemente jurídica, no fundo se dá entre a inércia do legislador ordinário e a Constituição – ou as opções do Constituinte que decidiu o conteúdo inicial da Carta de Direitos -, já que a instância de representação da soberania popular, democraticamente legitimada, se insurge não contra parcela dos cidadãos, mas contra o próprio texto da Constituição. E percebe que estamos a nos referir ao nível mais crítico de desacordo, que é representado pela absoluta inércia do legislador ordinário em regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada e, portanto, dependente da atividade legislativa ordinária.

Nessa ordem de ideias, um primeiro ponto a ser destacado é que nos Estados contemporâneos, que possuem Constituição rígida, separação de poderes e previsão de direitos fundamentais, a existência de uma justiça constitucional como guardiã da Constituição é exigência natural do amadurecimento da própria democracia, ou seja, longe de serem conceitos e fenômenos antagônicos, a justiça constitucional é intimamente relacionada à democracia. Então, a existência de um Tribunal Constitucional é tão natural quanto a existência de Governo e Parlamento (NOVAIS, 2012, p. 107).

A solução da questão recebe um outro reforço a partir do momento em que destaca-se que o Constituinte entrincheirou juridicamente os direitos fundamentais e reconstruiu, através das Constituições e das Declarações de Direitos, os direitos naturais do homem enquanto direitos fundamentais, conferindo-lhes força jurídica e de hierarquia superior às demais normas do ordenamento, inclusive com poder de vincular e direcionar os poderes constituídos e a maioria representativa. Essa característica é marcante no segundo pós-guerra (NOVAIS, 2012, p. 44-49).

Assim, essa espécie de desacordo deixou de ser questão política e filosófica para se tornar uma questão eminentemente jurídica, inclusive de natureza constitucional, se transmudando o desacordo moral para desacordo jurídico.

Na verdade, se observarmos atentamente, o desacordo moral inicial, restrito ao campo político e filosófico, é arbitrado pelo Constituinte Originário, o qual compõe o corpo deliberativo e de tomada de decisões políticas fundamentais para a formação do novo Estado e organização política.

Em outros termos, o Poder Constituinte é a instância competente para decidir o conteúdo e alcance dos direitos humanos, que uma vez positivados se tornam direitos fundamentais dos cidadãos daquele Estado, ente abstrato que se compromete com sua proteção e promoção. Enfim, a primeira decisão sobre quais direitos constarão do rol de garantias constitucionais é do próprio Poder Constituinte que, portanto, é o árbitro de um primeiro desacordo, porém, ainda restrito ao campo moral, político e filosófico.

Apenas em uma segunda fase é que teremos um desacordo de natureza jurídica, ou seja, após definidos quais os direitos do homem seriam contemplados pela Carta, é que teríamos a discussão sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais enquanto norma jurídica constitucional, aptas a produzir seus efeitos, na medida de sua eficácia jurídica (NOVAIS, 2012, p. 118)⁶⁸.

⁶⁸ Nas palavras de Novais (2012, p. 119-120): “Uma primeira e potencial instância de desacordo sobre direitos nas sociedades (e falamos aqui em desacordo político, filosófico ou moral, portanto, logicamente anterior e independente das controvérsias jurídicas) surge relativamente à própria existência de um direito: há ou não, por exemplo, um direito ao corpo, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, um direito à habitação, um direito a um mínimo necessário para uma existência condigna? Mas, mesmo após o reconhecimento da existência de um direito, quando se diz, por exemplo, que na nossa sociedade todos têm liberdade de expressar o pensamento ou a liberdade de religião ou o direito de propriedade, um segundo e complexo problema é o de determinar o conteúdo originário desse direito: o que significa ter o direito, quais as suas faculdades ou quais as pretensões que dele derivam, o que é que, a priori ou prima facie, está incluído e o que é que está excluído da respectiva protecção? Há depois, para além destes, um terceiro problema, o do alcance do direito, das possibilidades do seu exercício, da previsão de eventuais conflitos ou colisões com outros bens, interesses, direitos ou valores, e, conseqüentemente, a eventual necessidade de prever um possível quadro geral e abstracto de convivência, prevalência, cedência ou composição entre esses diferentes interesses, elaborado com base na antecipação dos potenciais conflitos. Acresce, por último, o plano da concretização vivencial do direito, quando dimensões mais ou menos particulares, específicas e individualizadas das suas diferentes faculdades ou pretensões se exercem ou são inibidas de se exercer no mundo dos factos, quando se coloca a questão concreta de uma possibilidade actual de acesso individual ao bem protegido pelo direito ser – ou poder ser ou dever

Apenas para fins de registro, já que no Brasil essa discussão não possui a mesma força e relevância que é dada pelos norte-americanos⁶⁹, a partir dessa ordem argumentativa, a defesa de Jeremy Waldron (2005) – de que desacordos políticos devem ser arbitrados pelo Parlamento – é enfraquecida, já que há uma verdadeira desmistificação sobre a natureza do desacordo sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, os quais, como explicitado, entendemos tratar-se de questão eminentemente jurídica.

Com isso, e para finalizar esse ciclo argumentativo, podemos até concordar com Waldron (2005) no sentido de que desacordos políticos devem ser arbitrados no Parlamento, instância democrática e representativa da maioria. No entanto, não podemos concordar que esses desacordos de que tratamos tenha natureza política.

Assim, temos que a questão jurídica deve ser remetida para outra instância de deliberação e decisão, que não a vontade majoritária, porque se refere, em suma, à realização prática, à concretização, proteção e promoção desses direitos fundamentais, ou mesmo, quanto ao cumprimento das normas constitucionais de direito fundamental.

Enfim, o problema que surge posterior ao reconhecimento dos direitos, e que estamos a tratar, é exatamente quanto à realização prática desses direitos, quanto as ações governamentais voltadas para a promoção e proteção desses direitos já consagrados no âmbito constitucional.

Já em âmbito local, um outro ponto a ser observado nessa questão levantada é exatamente o teor do texto constitucional que confere ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais nela esculpidos (art. 102, *caput*). Portanto, quando houver conflito de ordem

ser – desvantajosa ou negativamente afectada por facto da necessidade de realização de outro bem igualmente digno de protecção”.

⁶⁹ Atribuimos essa distinção de vigor retórico na doutrina constitucional ao fato de que no Brasil há previsão constitucional da existência da justiça constitucional e do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, o que não ocorre nos Estados Unidos. Por isso é que em terreno norte-americano há profunda e infundável discussão sobre a instância legítima para realizar o controle dos atos legislativos.

constitucional, passível de negar vigência à própria Carta Magna, segundo o texto constitucional, compete ao Supremo Tribunal a arbitragem do conflito.

Ainda à procura da solução adequada para a questão de definir a esfera competente para dirimir o desacordo sobre o cumprimento das normas constitucionais de direitos fundamentais – e especial a decisão de definir o alcance desses direitos -, que na verdade pode ser resumido como uma situação fática de contrariedade à Constituição, é importante lembrar e destacar que se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria – neste caso inerte na promoção dos direitos fundamentais -, não poderia ser esse mesmo órgão majoritário a instância adequada para dirimir a superação dessa contrariedade à Constituição.

Em outros termos, aquele que dá causa à situação de incompatibilidade com a Constituição não pode ao mesmo tempo ser o fiscal dessa hipótese de incompatibilidade, ou seja, o sujeito não pode ser o fiscal de si mesmo. Enfim, se os direitos fundamentais, a grosso modo, representa um trunfo contra a maioria, inerte na sua promoção, não seria conveniente entregar à essa mesma maioria o poder de reconhecer e definir a força desse trunfo, sob pena de subverter o sistema de controle da proteção e promoção dos direitos fundamentais, às vezes exercido contra essa própria maioria, representada pelo legislador ordinário.

Para além disso, conferir à maioria democrática (Legislativo) o poder de certificar a qualidade e o alcance do trunfo não apenas subverte as regras do jogo, mas elimina totalmente a própria ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria (NOVAIS, 2006, p. 48).

Enfim, permitir que a maioria democrática delibere sobre o conteúdo definitivo e o alcance de direitos fundamentais é permitir a total vulnerabilidade da proteção e promoção desses direitos, eliminando a ideia de direitos fundamentais como trunfo e a própria essência de direitos fundamentais como situações especiais suscetíveis de proteção e respeito, pois não raramente essa tutela deverá se voltar contra a vontade majoritária da comunidade.

Além disso, como dito alhures, no *design* constitucional adequado à tutela dos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional é alçado à função política de última

instância, ou de nível fundamental, no mesmo nível, inclusive, que o chefe de Estado.

E complementando, o Tribunal Constitucional por ser instância instrumentalmente jurisdicional e formada por um colegiado de membros bem selecionados no meio jurídico, com vasta experiência e elevado rigor técnico, se coloca em condição vantajosa para a análise da questão que colocamos, já que tratará o tema com absoluta imparcialidade e sem menosprezar os direitos fundamentais, estando apto para o exercício de um papel contramajoritário, se necessário⁷⁰.

Por outro lado, é preciso ressaltar que a legitimidade e aptidão do Tribunal Constitucional para fiscalizar essa incompatibilidade da inércia do legislador ordinário e a Constituição será diretamente proporcional à sua capacidade de atuar no estrito campo da função jurisdicional de tutela dos direitos fundamentais, ou seja, a atuação da jurisdição constitucional será cada vez mais acertada na medida em que os juízes constitucionais se distanciarem dos desacordos morais, políticos e filosóficos – os quais foram objeto de composição na primeira fase do reconhecimento dos direitos do homem como direitos fundamentais.

Ora, ultrapassado o limitado do campo de atuação jurisdicional da justiça constitucional, todo o resto de desacordo razoável compete ao poder político dirimir. Ou seja, todo desacordo que não envolver a fixação do conteúdo e alcance das normas constitucionais de direitos fundamentais deve ser recusado pela jurisdição constitucional, remetendo-o ao seu campo de debate próprio, qual seja, o Parlamento.

Essa atuação minimalista da jurisdição constitucional, com uma postura de *self-restraint*, é o que irá legitimar e resguardar o desempenho dessa função de árbitro do conflito entre a inércia legislativa e a Constituição, mantendo o papel da Corte nos estritos limites das questões jurídicas.

⁷⁰ Neste ponto vale ressaltar a discussão travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição.

Nesses termos, Novais (2006, p. 59) ensina que as decisões tomadas no âmbito da Jurisdição Constitucional deve ser fundamentada e justificada, não de acordo com as opiniões políticas, religiosas, morais ou filosóficas dos juízos, mas segundo critérios jurídicos.

Também é importante destacar que o legislador ordinário é competente para promover a conformação das normas constitucionais de direitos fundamentais, inclusive impondo restrições à esses direitos. Entendemos que as restrições a direitos fundamentais podem ser promovidas pelo Constituinte, primeiro poder conformador dessa gama de direitos, e também pelo legislador ordinário, na medida em que conforma o direito fundamental com as reservas fáticas e circunstância do Estado (NOVAIS, 2003).

No entanto, quando nos referimos à essa incompatibilidade entre a inércia legislativa e a Constituição, não estamos tratando de uma mera restrição a direito fundamental – atividade legítima do legislador ordinário, que todavia também é passível de controle jurisdicional -, mas de uma verdadeira violação ao comando da Constituição, ou seja, são hipóteses em que a atividade omissiva do legislador se configura como contrário à Constituição, portanto, apta a inaugurar o controle pela justiça constitucional⁷¹.

Portanto, sempre que houver violação ou ameaça de violação às normas constitucionais de direitos fundamentais, seja por limitações ou restrições desses direitos, seja decorrentes de ação ou omissão estatal, o controle judicial deve se fazer presente.

⁷¹ Como afirma Novais (2006, p. 63): “[...]; se está em causa a restrição de direitos fundamentais como efeito necessário da prossecução do interesse público, não é o argumento maioritário, mas unicamente argumentos de razão pública que podem fundamentar a cedência do direito. A maioria política pode decidir a limitação de direitos fundamentais, mas essa intenção vai estar sujeita ao escrutínio da justiça constitucional, a quem cabe verificar se a pretendida cedência do direito se deve ao peso específico que apresenta, face ao direito fundamental, o interesse justificador da restrição (cuja prevalência deve, enquanto tal, ser fundamentável em razões de razoabilidade e de justiça compartilháveis por qualquer pessoa razoável e não apenas por aqueles que perfilhem uma dada concepção particular do bem ou da vida virtuosa, isto é, no caso, a concepção do bem dos titulares do poder) ou se o que está em causa é, no fundo, a tentativa de sacrifício da liberdade individual ao fim de imposição dessa particular mundividência a toda a sociedade”.

Ainda sobre restrições e conflitos de direitos fundamentais é preciso ressaltar que essa atividade de conformar e ponderar os direitos fundamentais compete ao Constituinte e, posteriormente, ao legislador ordinário.

Em outras palavras, se o legislador supõe uma solução para o conflito envolvendo direitos fundamentais, de forma a restringir um bem em detrimento de outro, alcançando supostamente a melhor solução, não cabe ao judiciário concorrer com o legislador à procura da melhor solução no conflito entre direitos fundamentais. O papel do juiz constitucional seria, apenas, de controle de compatibilidade daquela medida com a Constituição, mas, jamais, de mérito da decisão legislativa (NOVAIS, 2016, p. 277).

Ao juiz não compete reponderar a ponderação realizada pelo legislador ou pelo administrador, a menos que a decisão adotada por aquelas esferas estejam em contrariedade a alguma norma constitucional.

É importante sempre ressaltar esses limites da atuação do juiz constitucional a fim de se procurar, definitivamente, acomodar as funções dos poderes em Estado Democrático de Direito, com o escopo de restabelecer os limites de cada função, limites de difícil percepção atualmente no Brasil, já que não raros são os casos de manifestação ativista por parte do Judiciário e, por outro lado, de insurgência do Congresso.

Finalmente, temos que o modelo de ponderação de bens no domínio dos direitos fundamentais só será útil e passível de controle racional quando atrelado exclusivamente a um processo de controle de constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, e jamais como resultado de uma conduta subjetivista do juiz e que não deve haver concorrências sucessivas e em níveis diferentes de ponderação de direitos fundamentais entre legislador, administrador e juiz.

Sob a perspectiva procedimental ao juiz constitucional somente compete o controle de constitucionalidade de uma restrição ou de uma intervenção restritiva no direito fundamental, inclusive se essa restrição for configurada como absoluta inércia do poder legislativo ordinário.

Dessa maneira, temos que o Tribunal Constitucional se coloca como a instância mais apropriada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa, na hipótese em que a inércia do legislador ordinário acaba por frustrar o usufruto de direito fundamental a prestação material e, ao final, contraria a Constituição.

E quando mencionamos a atividade de tutelar os direitos fundamentais nos referimos a identificar, fiscalizar e iniciar um processo amplo e complexo de tutela efetiva dos direitos fundamentais e prestação normativa. Não que o Tribunal Constitucional seja autossuficiente na superação da ausência de norma regulamentar, mas que inicia um processo de diálogo institucional à procura de uma tutela ampla e efetiva dos direitos fundamentais a prestação normativa.

Enfim, o Tribunal Constitucional estaria, no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da teoria de separação de poderes, habilitado e legitimado a intervir na atividade legislativa para provocar e promover a tutela dos direitos fundamentais a prestação material.

No entanto, como demonstrado, o Tribunal Constitucional revela essa legitimidade e aptidão apenas quando exerce a sua função sem ultrapassar os limites de sua atuação, ou seja, quando reconhece o Congresso Nacional como instância adequada para o debate democrático dos limites e restrições à norma constitucional de direito fundamental prestacional.

Ou seja, não defendemos, em nenhuma hipótese – para os fins desta pesquisa – a atuação do Tribunal Constitucional como substituto do legislador ordinário, mas apenas como instância adequada a provocar a atuação legislativa com o fito exclusivo de promover os direitos fundamentais a prestação material que dependem de regulamentação. É nesse sentido que afirmamos ser o Tribunal Constitucional instância de tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa.

E para o exercício dessa função necessário se faz a instituição de instrumentos efetivos de superação da inércia legislativa, o que passamos a discorrer no próximo item.

3.4 Diálogo institucional cooperativo entre o Tribunal Constitucional e o Legislador Infraconstitucional

Após identificar o Tribunal Constitucional como instância apropriada para a tutela do direito fundamental a prestação normativa, nas hipóteses em que a inércia do legislador ordinário frustra o usufruto do direito fundamental a prestação material, instalando uma situação fática incompatível com a Constituição, passamos a discorrer sobre a necessidade de se instalar um diálogo institucional cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional para a superação da situação fática (inércia legislativa) incompatível com a Constituição.

E, a partir das premissas anteriores, percebemos a necessidade de se estabelecer um diálogo cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional, sem o viés de função exclusivamente interpretativa da Constituição – que constitui o modelo comum de diálogo institucional -, mas sob a ótica de proteção e promoção dos direitos fundamentais, a ser exercido nas hipóteses de inércia do legislador ordinário em conformar a norma constitucional de direito fundamental a prestação material.

Porém, mais que procurar o legítimo detentor da última palavra quando estamos a tratar de interpretação da Constituição, precisamos compreender a imprescindibilidade desse diálogo entre Tribunal Constitucional e Legislador para a colmatação de lacunas infraconstitucionais que inviabilizam o usufruto de direitos fundamentais prestacionais pelos cidadãos, possibilitando, portanto, a superação da situação fática incompatível com a Constituição.

Através desse diálogo cooperativo estaríamos a permitir a tutela efetiva do direito fundamental a prestação normativa e, conseqüentemente, a tutela do direito fundamental a prestação material que depende daquela regulamentação. Tudo isso em conformidade à instituição de um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

Em outros termos, precisamos avançar para reconhecer, configurar e estabelecer um diálogo profícuo entre Tribunal Constitucional e Legislador

Infraconstitucional para superar a situação fática contrária à Constituição, quando nos deparamos com a inércia do legislador ordinário em regulamentar o direito fundamental de natureza prestacional com amparo na Constituição, capaz de frustrar, totalmente, o usufruto daquele direito.

Porém, ressaltamos que nos limitaremos a reconhecer a necessidade desse diálogo e definir os limites dessa atuação do Tribunal Constitucional – respeitando o estágio atual de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da teoria de separação dos poderes -, não sendo objeto deste trabalho a proposta de mecanismos específicos para instrumentalizar esse diálogo e torna-lo realidade em nossa dogmática constitucional.

E, uma vez delimitado o nosso objeto, advertimos que quando a doutrina nacional fala em diálogo institucional o cerne da questão se resume à possibilidade de superação de decisões do Supremo Tribunal Federal, que veiculem interpretações constitucionais, pelo Poder Legislativo (VICTOR, 2015, p. 221).

A forma mais comum de diálogo institucional travado entre o Legislativo e Judiciário se dá sob a ótica de superação de decisões do Supremo Tribunal por emenda à Constituição. Isso porque, no Brasil o diálogo institucional ganha contornos de disputa pela última palavra na interpretação da Constituição (VICTOR, 2015, p. 226), constituindo um ambiente de conflito e aparente desarmonia entre os poderes da república, o que pode ser insuficiente na tarefa de colmatar lacunas normativas de regulamentação de norma constitucional de direito fundamental a prestação material⁷².

Ademais, não é demais lembrar que o foco deste trabalho não é a interpretação da Constituição propriamente dita, mas sim a proteção e promoção de direitos fundamentais que perpassa pela necessidade de regulação de norma constitucional pelo legislador ordinário.

⁷² Nas palavras de Victor (2015, p. 226): “Dessa grande quantidade de casos em que diálogos institucionais foram travados entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, em regra terminando com a superação da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição, podem-se tirar algumas conclusões. A primeira é que, no Brasil, a forma mais comum de diálogo institucional entre o STF e o Congresso é por meio da aprovação de emenda como resposta à decisão. Isso ocorre porque, com a aprovação de emenda constitucional, o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)”.

Ou seja, a rigor, não estamos a tratar de quem teria a última palavra sobre interpretação de norma constitucional de direito fundamental, mas sim de viabilizar alguma via institucional capaz de superar a inércia do legislador em conferir eficácia plena à norma constitucional de direito fundamental, que em última análise pode constituir em uma situação fática incompatível com a Constituição, sem extrapolar os limites do Estado Democrático de Direito e da concepção adequada de separação de poderes.

Assim, é preciso perceber que, para além desse modelo comum, o diálogo institucional poderá se dar de diversas maneiras. O diálogo entre Jurisdição Constitucional e Legislador, nestas hipóteses, não pode se resumir, apenas, à disputa pela preponderância da última palavra sobre a interpretação do texto constitucional (mesmo que seja provisória) (VICTOR, 2015, p. 232-233)⁷³.

Portanto, diante da necessidade de se conferir plena eficácia às normas constitucionais de direitos fundamentais diante a inércia do legislador ordinário, vislumbramos a tendência de se estabelecer meios alternativos à esse diálogo institucional comum para alcançarmos um modelo de diálogo cooperativo, em que um dos poderes dialoga com o outro sem a pretensão de dar a última palavra sobre a conformação do direito fundamental.

Seria uma espécie de diálogo em que haveria uma provocação efetiva do Tribunal Constitucional ao Legislador, para que este exercite atividade vinculada ao texto Constitucional, configurando o direito fundamental a prestação material previsto na Constituição.

⁷³ Ainda, segundo Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 232-233): “As formas de diálogo institucional são múltiplas. Em todos os casos de omissão inconstitucional, a Corte convida o legislador a dialogar sobre o tema. Mesmo quando adota uma sentença de perfil aditivo, o STF deixa clara a ressalva de que sua decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação. O Min. Gilmar Mendes tem, sistematicamente, incentivado o diálogo. Veja o caso do MI 943, de sua relatoria, que cuidou do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e que obteve a resposta legislativa adequada, com a regulamentação da matéria ainda durante o julgamento, o qual havia sido interrompido para a consolidação de proposta regulamentadora pelo relator. Em casos polêmicos como os da união homoafetiva e os das cotas para afrodescendentes das universidades públicas, o voto do Min. Gilmar Mendes fez a ressalva de que a decisão da Corte deveria servir de estímulo para que o legislador conformasse com mais detalhamento as respectivas matérias. A ideia é que, conforme foi exposto, o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os Poderes Judiciário e Legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é necessário que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos as suas conclusões”.

A Jurisdição Constitucional serviria como fiscal da eficácia das normas constitucionais de direito fundamental e daria ensejo à atuação efetiva do legislador ordinário, que iniciaria a regulação do direito fundamental, que poderia voltar ao âmbito jurisdicional para análise de sua conformação com a Constituição e retorno para o Parlamento, e assim sucessivamente.

Nessa hipótese, estaríamos diante de um diálogo constante, com várias rodadas procedimentais, sem definir uma última palavra, até que os órgãos legislativo e jurisdicional concordassem que chegaram a um ponto razoável de regulação do direito fundamental e se dessem por satisfeitos com o diálogo. Seria um processo constante de aperfeiçoamento da implementação de direitos fundamentais, até alcançar um ponto comum entre os órgãos.

Porém, esse diálogo constante somente será possível se houver um impulso inicial, que deverá ser dado pelo Tribunal Constitucional, instância adequada para fiscalizar, promover e tutelar os direitos fundamentais, que remeteria ao legislador ordinário um comando efetivo para o cumprimento de seu mister, qual seja, regular o direito fundamental previsto na Constituição e garantir o mínimo de eficácia daquela norma constitucional.

Em última instância precisamos, ainda, compreender que essa forma de diálogo institucional entre o Tribunal Constitucional e o Legislador incrementa os índices democráticos do sistema jurídico-político, uma vez que não impede o acesso à jurisdição e estimula a participação dos representantes eleitos (VICTOR, 2015, p. 236)⁷⁴.

⁷⁴ Mais próximo do que defendemos, Victor (2015, p. 239) afirma que: “Pode-se retomar a dicotomia *jurisdictio-gubernaculum* para se compreender que, em uma democracia recente como a brasileira, sustentada por uma Constituição extremamente prolixa e pródiga no que se refere à concessão de direitos, o Judiciário, exercendo a função de controle de constitucionalidade, não apenas aplica a Constituição aos atos de governo e aos atos legislativos, com vistas a lhes impor limites, como também coopera com os demais órgãos de poder, colaborando democrática e institucionalmente para uma construção conjunta dos significados constitucionais e, assim, atuando para efetivar o texto da Constituição”. Nesse ponto, conclui o referido autor que (2015, p. 259): “O trabalho conclui que o diálogo institucional não viola as competências dos Poderes envolvidos, mas os (re)insere no sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição. Além disso, o diálogo institucional, ao estimular a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, aumenta o nível e a qualidade da democracia vivida no país. E, por fim, no sistema jurídico do *civil law*, no qual o Brasil está inserido, o diálogo colabora com o ideal do estado de direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os poderes, com potencial, assim, para serem mais duradouras, trazendo maior segurança jurídica”.

Ou seja, é chegado o momento em que precisamos ultrapassar os limites até então fixados para permitir uma atuação colaborativa entre os poderes do Estado, com o escopo de promover e proteger os direitos fundamentais.

Nesse ponto específico, o doutrinador Victor Bazán (2014, p. 51), discorrendo sobre a necessidade de se empreender um sistema cooperativo entre os poderes à procura de soluções para as omissões inconstitucionais, sustenta que no contexto específico de inércia e mora do legislador ordinário a atividade jurisdicional não deve ser entendida com um ato de confronto ao legislador, mas pelo contrário, deveria ser compreendida como um diálogo colaborativo, comprometido com a busca de um equilíbrio que resguarde a estrutura do Estado, da separação de poderes e a liberdade de conformação política do legislador.

O autor denomina de constitucionalismo cooperativo a arquitetura constitucional em que permite o afastamento de tensões entre os poderes e promove uma reconciliação das funções estatais, permitindo que os poderes se integrem e complementem-se na atividade estatal de promoção dos direitos fundamentais e na colmatação de lacunas infraconstitucionais (BAZÁN, 2014, p. 51)⁷⁵.

O atual estágio do constitucionalismo, do Estado Democrático de Direito e da teoria de separação dos poderes envolve o reconhecimento de que no âmbito do sistema de governo seja possível travar relações entre os poderes sem se falar em supremacia ou última palavra, mas sim em cooperação entre os poderes.

Essa perspectiva de relação cooperativa entre os poderes tendo em conta uma dimensão horizontal das instâncias de poder é medida alternativa à disputa em

⁷⁵ Bazán (2014, p. 51) afirma que: “*Las relaciones tensionales entre la justicia constitucional y el parlamento o congreso deben recanalizarse en términos constructivos, sobre todo si —al menos en Europa— aquella dejó hace tiempo su connotación de limitación antidemocrática de la soberanía parlamentaria, para ser comprendida como un elemento más de ésta. Y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativa anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano de confrontación o de puja de poder. Por el contrario, y en la línea de enfoque del constitucionalismo de cooperación, debe ser percibida desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes y la nombrada libertad de configuración política del legislador*”.

relação à legitimidade do *judicial review* e os seus riscos à democracia, bem como se mostra como solução adequada para a promoção dos direitos fundamentais prestacionais na hipótese de inércia do legislador ordinário em conformar as normas constitucionais.

Essa necessidade – de se instalar um diálogo cooperativo – decorre do reconhecimento de que os processos políticos de deliberação majoritária estão sujeitos a sérios e graves bloqueios, cuja superação estará a exigir a participação, em relação de ajuda mútua, de outras instância de poder (VALLE; SILVA, 2009, p. 2261)⁷⁶.

Portanto, vislumbramos que o *design* constitucional adequado para a tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa necessita do exercício de um diálogo institucional cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional, que possibilite a participação da Jurisdição Constitucional na promoção de direitos fundamentais prestacionais.

No entanto, para finalizar a revelação desse *design* adequado precisamos analisar os limites e possibilidades da atuação do Tribunal Constitucional na promoção de direitos fundamentais a prestação normativa.

⁷⁶ Nas palavras de Vanice Regina Lírio do Valle e Cecília Almeida Silva (2009, p. 2261): “Na lógica do constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno da dinâmica do poder, a questão diz respeito à percepção de que a garantia de direito não encontra melhor veículo numa repartição de papéis estática, que empreenda à opção pela supremacia do judiciário como solução genericamente aplicável. Ao contrário, a efetividade de direitos estará melhor atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento da sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações em que, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permita, ora precedência em favor do legislativo, ora a supremacia judiciária. O jogo é de busca permanente do protagonista mais adequado, tendo em conta as funções originalmente postas a cada qual dos poderes, conforme o conteúdo do direito em discussão. É a abertura à cooperação – e portanto, a ampliação no cenário de deliberação quanto ao conteúdo dos direitos – que permitirá a superação dos problemas atinentes ao pluralismo, a partir de um consenso construído, que não repousa num única autor, e que portanto, não se pode harmonizar com o ‘...monopólio da última palavra...’ reconhecido em favor do judiciário em qualquer hipótese, de que nos falava o Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, já citado”.

3.5 A atuação do Tribunal Constitucional: limites e possibilidades

Após reconhecer o Tribunal Constitucional como instância adequada para a tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa, o problema a ser analisado transmuda-se para definir em que medida esse Tribunal poderá contribuir para tutelar esses direitos fundamentais e em última instância os direitos fundamentais a prestação material.

Restou demonstrado que em uma concepção adequada da teoria de separação dos poderes para a tutela dos direitos fundamentais o Tribunal Constitucional deve ser alçado à categoria de órgão político de nível fundamental na estrutura da organização estatal, e que seria a instância adequada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa.

Também restou sedimentado que o Tribunal Constitucional deve estabelecer um diálogo institucional cooperativo com o Legislador Infraconstitucional, que possibilite a participação da Jurisdição Constitucional na promoção de direitos fundamentais a prestação normativa.

Portanto, por último, nos resta examinar os limites e possibilidades da atuação do Tribunal Constitucional nesse diálogo institucional cooperativo com o legislador ordinário, com o fito de tutelar e promover os direitos fundamentais a prestação normativa.

E, nesse ponto, podemos apontar, pelo menos, três hipóteses possíveis: a) o Tribunal Constitucional deve se limitar a reconhecer e declarar o direito à prestação normativa, remetendo ao legislador ordinário a sua decisão para que este promova, a seu livre critério, a regulamentação do direito fundamental a prestação material; b) o Tribunal Constitucional deve implementar o direito fundamental a prestação material, mesmo na ausência de regulamentação infraconstitucional, a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, estabelecendo os parâmetros para usufruto do direito fundamental previsto na Constituição; c) o Tribunal Constitucional deve reconhecer e declarar o direito à prestação normativa, iniciando um diálogo cooperativo com o fito de provocar, efetivamente, o legislador

ordinário a sair da inércia e promover uma mínima regulamentação do direito fundamental a prestação normativa.

A primeira hipótese deve ser descartada porque se mostra absolutamente insuficiente à tutela efetiva dos direitos fundamentais a prestação normativa, já que reconhece e se conforma com a discricionariedade do legislador ordinário em promover a regulamentação do direito fundamental a prestação material. Ou seja, nessa hipótese o legislador ordinário teria total liberdade de regulamentar, ou não, o direito fundamental, frustrando todas possibilidades de real tutela dos direitos fundamentais e cumprimento da Constituição.

Se prevalecer a primeira hipótese como a única possibilidade, estaríamos a permitir um verdadeiro retrocesso no que toca a tutela e promoção dos direitos fundamentais de natureza positiva, já que o legislador ordinário teria o poder de dispor de direito fundamental com proteção constitucional, voltando-se à ideia de que a lei infraconstitucional é que dita a medida do direito fundamental e não o direito fundamental que ditaria a medida da lei infraconstitucional.

Em confronto a tudo que foi construído no decorrer deste trabalho, estaríamos a permitir que um poder constituído pudesse violar a Constituição ou, em outros termos, a criatura poderia superar e neutralizar o criador. Estaríamos diante da seguinte hipótese: direitos fundamentais segundo a lei, e não lei segundo os direitos fundamentais.

Além disso, nessa hipótese o Tribunal Constitucional não estaria exercendo sua verdadeira função de órgão com atuação política e guardião da Constituição contra os desmandos dos poderes constituídos, diminuindo o seu poder de controle da compatibilidade das ações dos órgãos políticos com a Constituição.

A Constituição, a prevalecer essa hipótese, estaria sendo relegada a segundo plano e a um nível inferior do ordenamento jurídico, ficando a depender de leis ordinárias, eliminando, assim, a sua força normativa e característica de supremacia.

A segunda hipótese também deve ser descartada na medida em que estabelece um potencial conflito e tensão entre os poderes jurisdicionais e

legislativo, além de ser de duvidosa compatibilidade com a concepção de teoria de separação dos poderes adotada neste trabalho.

Em que pese a inércia do legislador ordinário constituir em fato que nos permite buscar alternativas eficazes para a colmatação das lacunas, temos que essas possibilidades devem ser instrumentalizadas através de mecanismos compatíveis com o Estado Democrático de Direito, a tutela de direitos fundamentais e a teoria de separação dos poderes.

Não nos seria permitido criar mecanismos que pudessem, em última medida, criar maiores disfunções no sistema de tutela de direitos fundamentais das que já existem. Em outros termos, não podemos, com a finalidade de buscar soluções para disfunções sistêmicas, estabelecer outras disfunções.

Ademais, é preciso respeitar os limites de atuação de cada órgão dentro da estrutura da organização estatal, atentando-se para que, conforme a teoria de separação dos poderes adequada - de hexapartição dos poderes -, o Tribunal Constitucional exerce função diversa do Poder Judicial. Nessa medida, podemos apontar, pelo menos, dois obstáculos para o sucesso da hipótese.

Devemos atentar, portanto, que Tribunal Constitucional e Poder Judicial são instâncias distintas, sendo que o Tribunal Constitucional, enquanto órgão político e de nível fundamental na estrutura da organização estatal, atua apenas no controle de constitucionalidade na implementação dos direitos fundamentais na ordem infraconstitucional, ao lado dos demais órgãos de natureza política (Governo e Parlamento). O Tribunal Constitucional atua como órgão de controle da compatibilidade entre as medidas adotadas pelos órgãos de atuação político-ideológica com a Constituição.

Isso porque o Governo e o Parlamento atuam em um nível superior da organização política, atuando no campo político, partidário e ideológico, mas sempre pautados na Constituição, exercendo o Tribunal Constitucional uma função de controle de regularidade entre a atuação desses dois órgãos e os termos da Constituição, com foco final na defesa e promoção da Constituição.

Por outro lado, teríamos o Poder Judicial como órgão de atuação em nível concreto e limitado ao controle de legalidade dos atos oriundos da Administração, apenas exercendo a função de controle de constitucionalidade dos atos oriundos de normas constitucionais que independem de regulamentação. Portanto, Poder Judicial não exerce função política, mas genuinamente jurisdicional, ao lado da função administrativa, que apenas executa as políticas ditadas pelos órgãos políticos.

É importante ressaltar que essa organização de poderes proposta não retira do Poder Judiciário a competência para tutelar os direitos fundamentais que não necessitem de regulamentação infraconstitucional, podendo se amparar diretamente no texto constitucional, desde que através de norma com eficácia plena.

Então, o primeiro obstáculo para a hipótese é que o Poder Judicial, que seria o órgão competente para apreciar as violações individuais a direitos fundamentais e garantir a aplicação dos termos da lei regulamentadora ou do texto constitucional autossuficiente, não é a instância legítima e adequada para definir qualquer parâmetro para concretização de direito fundamental quando ausente lei regulamentadora.

Primeiro porque não é órgão de natureza política, com atuação mais aberta e ampla, com foco principal na tutela da Constituição e do perfeito funcionamento do sistema de tutela dos direitos fundamentais. O Poder Judicial, como exposto, é órgão de natureza jurisdicional, que atua em nível concreto e limitado ao controle de legalidade dos atos oriundos da Administração.

E, segundo porque se trata de órgão que funciona de maneira difusa no sistema judiciário, característica que impõe diversas dificuldades para atuar, dentro da concepção da teoria de separação dos poderes adotada, como partícipe de um processo de provocação de órgãos políticos a atuarem na regulamentação de direito fundamental a prestação material.

Além disso, também considerando essa característica – funcionamento difuso – se permitirmos que o Poder Judicial extraia diretamente da Constituição direito fundamental a prestação material que, a rigor, depende de regulamentação

infraconstitucional, estaríamos a permitir a instauração de um verdadeiro caos nas políticas públicas da Administração, já que cada órgão integrante desse Poder Judicial poderia, ao alvedrio de seu membro, estipular os parâmetros para o usufruto ao direito fundamental prestacional (SARLET; TIMM, 2013; GALVÃO, 2014)⁷⁷.

Ora, o Poder Judicial, definitivamente, não é a instância legítima para legislar e definir o âmbito de atuação das políticas públicas conformadoras de direitos fundamentais prestacionais.

A segunda objeção à hipótese é que o Tribunal Constitucional não poderia se prestar ao papel de órgão burocrático e fiscalizador da atividade da Administração Pública. Afinal, em última hipótese, o gestor dos sistemas de políticas públicas é a Administração Pública, que executa e implementa as medidas ditadas pela lei ordinária, que tem origem em políticas de governo implementadas pelos órgãos políticos (governo e legislativo).

Assim, não seria atribuição do Tribunal Constitucional imiscuir-se no controle de legalidade das medidas adotadas pela Administração, tarefa que caberia ao Poder Judicial após a devida implementação da legislação infraconstitucional regulamentadora dos direitos fundamentais a prestação material previstos na Constituição.

Além disso, o Tribunal Constitucional não deve atuar na concretização dos direitos fundamentais para cada cidadão individualmente, mas dar preferência a medidas e instrumentos que tenham o potencial de afetar e beneficiar a coletividade no usufruto dos direitos fundamentais, sob pena de se tornar uma instância revisora da Administração.

Ou seja, em arremate, não seria competência do Poder Judicial implementar direito fundamental a prestação material dependente de regulamentação, por não ser órgão de natureza política e atuar em nível concreto somente após a regulamentação infraconstitucional, ao passo que não seria competência do Tribunal

⁷⁷ Inclusive, esse “caos nas políticas públicas” é percebido em algumas áreas da Administração, como por exemplo, nos sistemas de saúde e educação públicas, em que há um excesso de intervenção do Poder Judicial nas políticas públicas executadas pela Administração.

Constitucional exercer essa atividade em nível concreto, pois deve ser posicionado como órgão político de controle de compatibilidade da inércia legislativa com a Constituição e não como substituto da Administração na hipótese de omissão dos órgãos políticos.

Pensamos que essas objeções apontadas – que afastam a adoção da segunda hipótese – mantêm uma distribuição de funções estatais fiel e coerente com a teoria de separação de poderes e a tutela dos direitos fundamentais.

Por fim, teríamos a hipótese em que o Tribunal Constitucional deve reconhecer e declarar o direito à prestação normativa do cidadão, iniciando, no entanto, um diálogo cooperativo com a finalidade precípua de provocar, efetivamente, a atuação do legislador ordinário e retirá-lo da inércia em promover a mínima regulamentação do direito fundamental a prestação normativa.

A nosso ver, essa é a hipótese mais consentânea com o atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e a tutela dos direitos fundamentais, além de ser compatível com uma concepção adequada da teoria de separação dos poderes.

Primeiro porque reconhece o Tribunal Constitucional como órgão de função política de última instância, ou de nível fundamental, concorrente, inclusive, com o chefe de Estado, portanto, apto e legítimo para participar da construção do arcabouço jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

Segundo porque trata-se de medida eficiente – ou no mínimo indiciária de eficiência, porque depende da instauração de instrumentos dogmáticos-constitucionais para colocá-la em prática -, já que permite superar a inércia legislativa através da possibilidade do Tribunal Constitucional provocar, efetivamente, a atuação legislativa inicial de regulamentação da norma constitucional de direito fundamental material.

Terceiro, porque respeita os limites funcionais do Tribunal Constitucional como poder político, que desenvolve função materialmente política, instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa (SOUZA JUNIOR; REVERBEL, 2016, p. 135).

Isso porque em que pese a natureza política do Tribunal Constitucional, há que se respeitar suas limitações quanto a sua instrumentalidade funcional, ou seja, que trata-se de órgão que utiliza ferramentas jurisdicionais para a elaboração de seu produto final, a decisão judicial, não sendo, portanto, adequado que esse órgão elabore atos de natureza legislativa, com a pretensão de regulamentar norma constitucional de direito fundamental e estabelecer os parâmetros e restrições para o usufruto desses direitos, com eficácia *erga omnes*, efeitos *ex tunc* e vinculante da Administração.

Portanto, a terceira hipótese permite que o Tribunal Constitucional remeta ao Legislador a obrigação de regulamentar a norma constitucional de direito fundamental prestacional, para que este, na sua genuína função legislativa, promova, minimamente, o direito fundamental frustrado em seu usufruto. Ou seja, com essa solução, a Jurisdição Constitucional não avoca para si a função de substituir ao Legislador, mas também não adota atitude leniente com a inércia legislativa violadora da Constituição.

Além disso, o Tribunal Constitucional estaria a participar de uma solução que atingiria todos os cidadãos que estivessem com o usufruto do direito fundamental frustrado pela ausência de norma reguladora, ou seja, uma solução com efeitos abstratos, de eficácia coletiva e difusa, e não apenas individualmente e para o caso concreto.

O Tribunal Constitucional, nessa concepção adequada de separação de poderes para a tutela de direitos fundamentais, participaria efetivamente da promoção dos direitos fundamentais, preservando e realizando a Constituição, porém, sem substituir ao legislador ordinário, mas provocando-o a agir e exercer a sua função.

Essa hipótese seria a mais coerente com a atual separação dos poderes, com a função do Tribunal Constitucional e a necessidade de se estabelecer um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais, com o fim de preservar e respeitar a Constituição.

O Tribunal Constitucional funcionaria como órgão capaz de provocar, efetivamente, a atuação do legislador ordinário, através de mecanismos eficazes, superando a inércia legislativa e participando no processo de regulamentação e promoção dos direitos fundamentais, colocando-se numa situação de partícipe no desenvolvimento, tutela e promoção dos direitos fundamentais a prestação material.

Essa é a medida exata de atuação do Tribunal Constitucional respeitando-se os seus limites, porém avançando nas suas possibilidades, tudo em respeito à ordem teórica exposta e à necessidade de se estabelecer um regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

Primeiramente, ressaltamos que toda a construção teórica realizada no presente trabalho tem por fim construir uma concepção constitucionalmente adequada da teoria da separação dos poderes apta a contribuir na tutela e promoção dos direitos fundamentais a prestação, na hipótese de ausência de regulamentação de norma constitucional de direito fundamental.

É bom lembrar que nossa pesquisa buscou focar no campo teórico que envolve a construção desse *design* constitucionalmente adequado e os limites e possibilidades da atuação do Tribunal Constitucional para a tutela desses direitos fundamentais. Com isso, por questões metodológicas, preferimos nos afastar da análise de instrumentos institucionais inseridos na dogmática constitucional utilizados para combater a omissão legislativa geral.

Isso porque a nossa finalidade é analisar a omissão legislativa, apenas, no campo da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material, e não todas espécies de omissão inconstitucional. E também, porque o nosso objetivo é revelar concepções teóricas adequadas aptas a influenciar na dogmática constitucional de tutela dos direitos fundamentais, e não o inverso.

Com esses esclarecimentos e após todo o exposto, podemos afirmar e sustentar a existência de um direito subjetivo a prestação normativa (direito fundamental a organização e procedimento), nas hipóteses em que a ausência de norma infraconstitucional instrumentária para o gozo de direito fundamental a prestação material, com amparo em norma constitucional de direito fundamental de eficácia limitada, atingir uma coletividade de cidadãos, devendo-se conferir preferência à sua proteção por meio de órgãos representativos de interesses coletivos.

E, partindo desse pressupostos, procurando identificar um *design* constitucionalmente adequado à tutela de direitos fundamentais a prestação e considerando que os direitos fundamentais constituem trunfos contra a maioria,

demonstramos (a) a necessidade de aperfeiçoamento da concepção clássica de separação de poderes, com a devida redistribuição das funções políticas no âmbito de um Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos sociais, identificando o Tribunal Constitucional como órgão de natureza política, de última instância e de nível fundamental, instalado no mesmo nível da chefia de Estado, com função de destaque na tutela dos direitos fundamentais a prestação, e que (b) a instância apropriada para tutelar os direitos fundamentais a prestação normativa, na hipótese de inércia do legislador ordinário, seria o Tribunal Constitucional, o qual (c) necessitaria da instalação de um diálogo institucional cooperativo entre Tribunal Constitucional e Legislador Infraconstitucional – não com um viés exclusivo de interpretação constitucional, mas sob a ótica de proteção e promoção dos direitos fundamentais -, e que (d) esse Tribunal Constitucional deve atuar na tutela dos direitos fundamentais a prestação normativa reconhecendo a ausência de norma regulamentadora e declarando o direito a prestação normativa do cidadão, iniciando um diálogo cooperativo com a finalidade precípua de provocar, efetivamente, a atuação do legislador ordinário e retirá-lo da inércia em promover a mínima regulamentação do direito fundamental previsto na Constituição.

Assim, no que toca os limites e possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional na tutela do direito fundamental a prestação normativa, identificamos como hipótese mais viável aquela em que o Tribunal Constitucional deve reconhecer a ausência de norma regulamentadora do direito fundamental a prestação material e declarar o direito à prestação normativa do cidadão, iniciando, no entanto, um diálogo cooperativo com a finalidade precípua de provocar, efetivamente, a atuação do legislador ordinário e retirá-lo da inércia em promover a mínima regulamentação do direito fundamental a prestação material.

Portanto, a medida exata de atuação do Tribunal Constitucional é aquela em que este órgão remete ao Legislador a obrigação de regulamentar a norma constitucional de direito fundamental prestacional, para que este, na sua genuína função legislativa, promova, minimamente, o direito fundamental frustrado em seu usufruto.

O Tribunal Constitucional, nessa concepção adequada de separação de poderes para a tutela de direitos fundamentais, participaria efetivamente da

promoção dos direitos fundamentais, preservando e realizando a Constituição, porém, sem substituir ao legislador ordinário, mas provocando-o a agir e exercer a sua função.

Por fim, a pretensão é que essa atuação do Tribunal Constitucional, no âmbito de um *design* constitucional adequado à tutela dos direitos fundamentais, seja apta a interromper a omissão do legislador ordinário e provocar o cumprimento de sua obrigação de regulamentação mínima das normas constitucionais de direitos fundamentais a prestação material – retirando da esfera de disponibilidade das maiorias o não agir –, dando ensejo, inclusive, a novas rodadas de diálogo institucional comum, entre legislador ordinário e Tribunal Constitucional, já que com o início da regulamentação abre-se a possibilidade de se verificar a compatibilidade e suficiência da regulamentação com os preceitos constitucionais, até que se alcance a melhor regulamentação do direito fundamental.

Enfim, com essa medida, estaríamos a revelar um razoável regime jurídico de tutela dos direitos fundamentais a prestações, contribuindo para a construção de um regime unitário de tutela dos direitos fundamentais adequado com a separação de poderes e com os preceitos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BAZÁN, Víctor. **Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales**: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. “Metodologia *fuzzy*” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008a. pp. 97-113.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008b. pp. 35-68

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008c. pp. 115-136.

_____. O direito ao ambiente como direito subjectivo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008d. pp. 177-189.

_____. “Bypass” Social e o núcleo essencial de prestações sociais. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008e. pp. 243-268.

_____. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: teoria geral da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 111-124.

COIMBRA, Rodrigo; DRESCH, Rafael, Freitas de Valle. Reflexões sobre a noção de direito subjetivo frente à tutela dos direitos individuais e transindividuais. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 132, p. 277-305, dez. 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. São Paulo: Revonar, 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. O discurso jurídico da efetividade constitucional e o controle judicial das omissões do Estado. A virada hermenêutico-constitucional e o desbloqueio da Constituição. In: OLIVEIRA, Paulo Augusto de; LEAL, Gabriel Prado (Org.). **Diálogos jurídicos luso-brasileiros**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2015. pp. 317-351.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

_____. **Direito fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

_____. **Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

_____. **Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

_____. **Direitos Sociais - Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2. ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUFINO DO VALE, André. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio; SILVA, Cecília. Almeida de. **Constitucionalismo cooperativo ou supremacia do judiciário?** São Paulo: CONPEDI, 2009.

VICTOR, Bazán. **Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales: Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade. Debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. de: Law and Disagreement. Madrid: Oxford, 2005.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 139-144.

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 487-518.

ALMEIDA, Luiz Antônio, Freitas de. O princípio da separação de poderes e direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucionais e Internacional**, v. 19, n. 77, p. 185-206, out./dez. 2011.

ATIENZA, Manuel. Duas versões do constitucionalismo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Constituição no século XXI. Trad.: Luiz Nelcy Martinez Laguna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. pp. 531-543.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecedor de um diálogo entre ausentes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 725-728.

_____. Tentativa de Instituição da Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 25-61.

BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 63-85.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARROZZA, Paolo. A função arbitral do juiz constitucional: os conflitos. In: ROMBOLI, Roberto; CORRÊA, Marcelo Labanca (Org.). **Justiça constitucional e**

tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Trad.: Alessandro Landini et al. Belo Horizonte: Arraes, 2015. pp. 19-39.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Constituição e Jurisdição. Legitimidade e tutela dos direitos sociais.** Curitiba: Juruá, 2015.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **Democracia e os três poderes no Brasil.** Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 17-42.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucionais e Internacional**, v. 54, p. 28-39, jan. 2006.

COELHO, Inocêncio, Mártires. O Poder Normativo da Jurisdição Constitucional: o caso brasileiro. In: LIMA, Francisco Meton Marques; PESSOA, Robertônio Santos (Org.). **Constitucionalismo, direito e democracia.** Rio de Janeiro: GZ editora, 2009. pp. 1-12.

CORDEIRO, Karine, Silva da. **Direitos fundamentais sociais, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial: o papel do poder judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. pp. 487-514.

DIAS, Dhenize Maria Franco. O direito público subjetivo e a tutela dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 233-250, fev./maio 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação dos poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 143-159.

_____.; LUNARDI, Gaparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 161-184, jul./set. 2010.

_____. Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012. pp. 261-277.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. pp. 221-241.

FORTES, Pedro, Rubim, Borges. A construção ativista. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Constituição no século XXI. Trad.: Luiz Nelcy Martinez Laguna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. pp. 338-358.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel, 2005.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. pp. 5-24.

KUBOTA, Flavio Hiroshi. **Competência do juiz constitucional - Limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. Jurisdição Constitucional simbólica. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Constituição no século XXI. Trad.: Luiz Nelcy Martinez Laguna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. pp. 908-928.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 279-312.

MACHADO, Edinilson Donisete; ALVES, Fernando Brito de. A decisão judicial sobre direitos sociais: considerações sobre igualdade, democracia e judicialização da política. In: FACHIN, Zulmar; LIMA, Jairo Néia; PONA, Éverton Willian (Org.). **Magna Carta: 800 anos de influência no constitucionalismo e nos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2016. pp. 77-95.

MARQUES DE LIMA, Francisco, Meton. O avanço dos direitos sociais nos 20 anos da Constituição. In: LIMA, Francisco Meton Marques; PESSOA, Robertônio Santos (Org.). **Constitucionalismo, direito e democracia**. Rio de Janeiro: GZ editora, 2009. pp. 53-94.

MELO, Manuel Palacios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política. Notas sobre um itinerário difícil. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **Democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. pp. 63-89.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____.; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat; MUDROVITSCH, Rodrigo Bitencourt. **Jurisdição constitucional em 2020**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTEIRO, Arthur Maximus. **Controle de constitucionalidade das omissões legislativas**. Curitiba: Juruá, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011.

_____. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. **Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional - RDCI**, v. 20, n. 78, p. 153-227, jan./mar. 2012.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional e Internacional - RDCI**, São Paulo, a. 20, n. 78, p. 115-149, jan./mar. 2012.

PIZZORUSSO, Alessandro. Justicia Constitucional y tutela jurisdiccional de los derechos. In: ROMBOLI, Roberto; CORRÊA, Marcelo Labanca (Org.). **Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais**. Trad.: Alessandro Landini et al. Belo Horizonte: Arraes, 2015. pp. 138-159.

POSNER, Richard, A. O significado da autocontenção judicial. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Org.). **Tratado de Direito Constitucional**. Constituição no século XXI. Trad.: Luiz Nelcy Martinez Laguna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. pp. 887-907.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 137-176.

ROYO, Javier Pérez. El futuro de los derechos fundamentales. In: ROMBOLI, Roberto; CORRÊA, Marcelo Labanca (Org.). **Justiça constitucional e tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais**. Trad.: Alessandro Landini et al. Belo Horizonte: Arraes, 2015. pp. 315-322.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 553-586.

SCHOLLER, Heinrich. Constituição e Direito no processo da globalização: a transição do Estado Social e da economia planificada para uma economia de mercado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 77-106.

SILVA, José Afonso da. Formação e transformação da social-democracia. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 469-483.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010. pp. 587-602.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. pp. 309-326.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira Souza de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 515-552.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Democracia e exclusão social. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 484-504.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 505-515.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, p. 117-130, jul./set. 2010.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e direitos sociais no Brasil. In: FRANCISCO, José Carlos (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. pp. 137-153.

TORRES, Lobo Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 1-46.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 313-339.

VIADEL, Antônio Colomber; GONZALEZ, José Luis López. Programa ideológico y eficacia jurídica de los derechos sociales. El caso de Portugal em el derecho comparado. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. pp. 307-329.