

**INSTITUTO VIANNA JÚNIOR  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

**LEONARDO VIDAL CARVALHO**

JUIZ DE FORA

2004

**LEONARDO VIDAL CARVALHO**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior.

Orientação: Prof. Abdala Daniel Curi

JUIZ DE FORA

2004

## SUMÁRIO

RESUMO 04

INTRODUÇÃO 05

1. BREVE ESTUDO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 06

1.1. A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 06

1.2. DIREITOS DE 1ª DIMENSÃO 09

1.3. DIREITOS DE 2ª DIMENSÃO 10

1.4. DIREITOS DE 3ª DIMENSÃO 11

1.5. DIREITOS DE 4ª DIMENSÃO? 13

2. O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS 15

3. A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 18

4. A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL 21

4.1. CLASSIFICAÇÃO QUANTO A SUA APLICABILIDADE 22

4.2. A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 25

5. A EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL 29

CONCLUSÃO 33

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 35

## RESUMO

A medida em que as sociedades “evoluem” e o Direito tenta acompanhá-las, voltamos a nos indagar a respeito de várias situações concretas que nos levam a prerrogativas inerentes a qualquer Direito. Talvez porque o ser humano, na busca insaciável de conquistas, sejam elas científicas, tecnológicas, de conhecimentos e poder, atropela alguns pilares dos Direitos Humanos. Esses são baseados em princípios genéricos que nem sempre são observados pelas sociedades, em alguns casos. E muitas vezes, são necessárias intervenções do Estado para que sejam cumpridos. Em nossa Constituição, que também é fundada em princípios-regra, em diversas ocasiões estes princípios não são observados, necessitando, muitas vezes, de leis que especifiquem melhor suas aplicações. Diante desses fatos nos vêm as seguintes questões: “O que realmente entendemos como Direito?”; “o simples fato de estarem expressos os transformam em Direito ou são simplesmente princípios programáticos, uma vez que são interpretados de várias maneiras e nem sempre são observados?”

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a intenção de “provocar” a reflexão sobre a temática acerca da efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais na Constituição brasileira. Sem a pretensão e a arrogância de tentar esgotar todo o assunto, até porque seria inviável esgotá-lo neste simples trabalho monográfico.

A escolha do tema em questão foi uma difícil tarefa, pois ele é bastante vasto e muito interessante; porém ao definir a matéria a ser analisada, foi observado a grande relevância que os direitos humanos tem em nossa vida. A todo momento estamos cercados por esses direitos, pois são inerentes à vida humana, quer sejam analisados na perspectiva das liberdades individuais, quer quanto às necessidades do ser humano perante a sociedade e como integrante dela.

A enorme importância desses direitos decorre do fato de serem a base de todos os demais que incorporam as normas internas do Brasil, pelo menos em teoria. Deve-se sempre respeitá-los para que dessa forma também se respeite o homem enquanto ser dotado de autonomia e dignidade.

Nesse contexto foram elaborados 5 (cinco) capítulos para que se pudesse entender melhor o trabalho: Evolução histórica, Fundamento, Importância, Aplicabilidade e Efetividade. No primeiro capítulo tenta-se mostrar como foi o surgimento dos direitos humanos num âmbito mundial para que depois fosse situado o momento histórico em que o Brasil se encontra, individualizando suas dimensões (gerações) e localizando os direitos na Constituição. A partir do segundo capítulo encontra-se a justificativa do reconhecimento desses direitos, passando pela sua importância que se encontra no terceiro capítulo. Ao chegar no quarto e quinto capítulos adentramos realmente no foco principal do tema, analisando a sua aplicação dentro do direito constitucional brasileiro e sua real aplicação prática (efetividade).

Sendo importante ressaltar que para essas exposições foram utilizadas obras publicadas por autores de grande renome na matéria como também, artigos e revistas.

## 1 - BREVE ESTUDO DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Com a análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, tem-se a intenção de apenas referir a alguns aspectos relevantes a respeito desta temática, de modo especial para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais, além de situar o assunto no tempo e no espaço.

### 1.1 - A ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais ou direitos dos homens foram relevantemente influenciados pelo velho testamento e pelas idéias cristãs e filosóficas que, posteriormente, influenciaram no pensamento jusnaturalista (o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis). Também a partir dos pensamentos cristãos e da filosofia clássica é que os valores da dignidade humana, da liberdade e da igualdade dos homens criaram suas raízes. *“Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade”* (SARLET, 2003: 41).

Sob a influência do cristianismo é que se desenvolvem e complementam os ensinamentos bíblicos, abrindo caminho à noção de dignidade da pessoa e de suas prerrogativas essenciais. Destaca-se a suprema dignidade do homem, como filho de Deus, portador de valores eternos e irmãos dos demais. Inicia-se o fortalecimento e difusão da lei moral e do direito natural, exigindo respeito à pessoa, sua dignidade e prerrogativas.

As doutrinas jusnaturalistas tiveram grande importância no posterior reconhecimento dos direitos fundamentais. Desenvolveu-se, na Idade Média, postulados que orientavam e limitavam o poder, atuando como critérios de legitimação de seu exercício. E, segundo Santo Tomas de Aquino, a desobediência do direito natural por parte dos governantes poderia justificar o exercício do direito

de resistência da população. Surge então, a idéia de liberdade da pessoa humana (SARLET, 2003: 41).

O processo de reconhecimento, na esfera do direito positivo, foi acompanhado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. Como exemplo desses antecedentes temos alguns documentos dos séculos XII e XIII que tiveram uma significativa relevância para o posterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições.

Tais documentos foram: a Magna Charta Libertatum, pacto entre o Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses (serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicas: habeas corpus, devido processo legal e a garantia de propriedade), as cartas de franquias e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. Sendo que o primeiro documento se destacou perante os demais.

No entanto, deve-se destacar que não são considerados como autênticos direitos fundamentais, pois tais “direitos” e privilégios da época medieval foram outorgados num contexto social e econômico de desigualdade suprimindo a grande parte da população ao seu acesso. Porém, não se pode negar sua importância, pois no artigo 39 da Magna Charta inglesa, segundo a melhor doutrina, observa-se “*a origem dos direitos fundamentais na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião*” (SARLET, 2003: 45-46).

A Reforma Protestante foi de suma importância no “nascimento” dos Direitos Humanos Fundamentais, levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa. Como também, e não menos importante, as guerras religiosas, os reflexos do pensamento filosófico, laicizando a doutrina do direito natural, e na elaboração teórica do individualismo liberal burguês.

Mister se faz citar as declarações inglesas do século XVII: *Petition of rights* (1628), *habeas corpus act* (1679), *Bill of rights* (1689) e *Establishment Act* (1701), que além de serem direitos e liberdades reconhecidas aos cidadãos ingleses, surgindo como enunciações gerais do direito costumeiro limitando o poder monárquico e afirmando o Parlamento perante a Coroa, significaram a evolução das

liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz como o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no tocante à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2003: 47).

Porém, não são consideradas como marco inicial dos direitos fundamentais uma vez que as limitações ao poder monárquico não atingiam o parlamento (que governava juntamente com o rei), sendo assim, não havia supremacia e estabilidade desses direitos levando então, a uma fundamentalização sem uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

No que tange o surgimento “oficial” dos Direitos Fundamentais, despontam duas Declarações de Direitos: a do Povo da Virgínia (1776) e a Francesa (1789), sendo que a primeira é que marca a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. Diferenciavam-se dos direitos e deveres reconhecidos pelos ingleses no século XVII quanto às características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Implementando a supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade através da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade.

Também foi igualmente importante a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo uma característica comum à americana: a inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não de uma minoria. Ambas as declarações se influenciaram mutuamente (apesar de cronologicamente não terem surgido no mesmo momento, os ideais iluministas influenciaram os revolucionários americanos, consagrando a Constituição Americana de 1787), porém, a grande diferença seria a de um maior conteúdo democrático e social da francesa. Do mesmo modo, uma aspiração universal e abstrata da declaração francesa e dos direitos nela reconhecidos contra um maior pragmatismo da americana.

Vale ressaltar que, no âmbito revolucionário, a declaração francesa direciona-se para uma fundamentação de uma nova Constituição, ao passo que no processo americano, sua declaração, conduz à independência e, conseqüentemente na necessidade de uma nova Constituição.

Entretanto, apesar das semelhanças, foi a francesa que decisivamente contribuiu para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do séc. XIX. Daí a afirmação de Martin Kriele que demonstra a distinção entre ambas as declarações dizendo que, enquanto os americanos tinham apenas os direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos (KRIELE, 1990 apud SARLET, 2003: 49).

Diante de tal evolução da positivação dos direitos humanos fundamentais, chega-se à criação (não definitiva) do Estado de Direito, determinando assim, a primeira geração (dimensão) desses direitos, segundo a concepção clássica.

Partindo-se do reconhecimento positivado dos Direitos Fundamentais, através da Declaração francesa, pode-se apreciá-los em três etapas distintas (baseadas no ideal da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade - solidariedade-), porém complementares entre si, decorrentes da evolução histórica da sociedade e do direito. São as chamadas dimensões dos direitos fundamentais (nesse contexto, a expressão “dimensão” parece mais pertinente que “geração”, pois esta segunda daria uma falsa idéia de sucessão cronológica e sobreposição das últimas em relação as antecedentes, sendo que todas fazem parte de um sistema único de Direitos Humanos).

## **1.2 - DIREITOS DE 1ª DIMENSÃO**

Surgem com o reconhecimento do status material e formal dos direitos fundamentais. São os considerados direitos de liberdade (civil e política), tendo um cunho individualista, sobrepondo os direitos do indivíduo perante o Estado. Enfrenta o problema do arbítrio governamental, impondo limites aos poderes públicos em favor do indivíduo “exigindo” assim, uma não-intervenção do Estado, que é entendida como conduta negativa, pois o poder público se abstém de certas atitudes. Também classificados como direito de resistência ou de oposição perante o Estado, “*devendo o Estado servir ao indivíduo e não o contrário*” (BITTAR; ALMEIDA, 2002: 526).

Estão inseridos nessa primeira dimensão: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade em sentido formal (perante a lei). São complementados a posteriori por uma gama de liberdades, dentre elas, as liberdades de expressão coletiva (expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, dentre outras) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, estreitando a correlação entre direitos fundamentais e a democracia. Também se moldam nesta categoria algumas garantias processuais: devido processo legal, habeas corpus e direito de petição.

### **1.3 - DIREITOS DE 2ª DIMENSÃO**

Abraçados ao princípio da igualdade humana, de forma concreta, surgiram os direitos econômicos, sociais e culturais, originados de idéias socialistas num período de impacto industrial onde a justiça social era clamada pelo povo, porém somente no século XX e no segundo pós-guerra é que tais direitos se consagraram dominando as Constituições (destaque para a de Weimar).

Diferentemente dos de primeira dimensão, os direitos sociais dependem de prestações positivas do Estado para a satisfação das necessidades sociais, econômicas e culturais do cidadão (obrigação de fazer). Trata-se agora de liberdade por intermédio do Estado; como exemplo estão a assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros. Entretanto, não englobam somente direitos de cunho positivo, mas também as “liberdades sociais” (liberdade de sindicalização, direito de greve, e o reconhecimento de direitos fundamentais dos trabalhadores como: férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, etc). Mister se faz ressaltar que os direitos alencados nessa categoria, assim como os de 1ª dimensão, se reportam à pessoa individual, não os confundindo com os direitos coletivos e/ou difusos.

É de grande relevância observar a discussão sobre a “justiciabilidade” desses direitos, uma vez que, foram considerados como programáticos por exigirem do “Estado algumas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiçuidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos” (BONAVIDES, 1997: 518). Apesar das Constituições recentes (inclusive do Brasil) formularem o preceito da

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ainda subsiste uma crise de observância e execução, sendo pertinente a pergunta: “como obrigar o Estado a construir uma escola, atender a um doente?”.

#### **1.4 - DIREITOS DE 3ª DIMENSÃO**

Começam a surgir de acordo com Ingo Wolfgang:

*...do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2003: 54)*

Têm como característica marcante o desprendimento da figura do homem-indivíduo, sendo de caráter humanista, universalista, tendo titularidade coletiva ou difusa. Enquadram os direitos de solidariedade: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, também o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Além de ser uma distinção das demais dimensões, a sua titularidade coletiva (muitas vezes indefinida e indeterminada), também é um problema, pois, em alguns casos é atribuída ao próprio Estado e à Nação gerando dúvidas sobre sua autenticidade como direitos fundamentais. A respeito dessa interrogação pode-se verificar através das palavras do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, in verbis:

*Deles, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito à comunicação podem ser vistos como direitos individuais. Seu titular pode ser uma pessoa física. Mas os dois primeiros pelo menos são vistos como direitos de todos, do povo. Ora, este - em termos de direito positivo - não tem personalidade. Assim, surge um problema para o jurista, qual seja o de um direito sem titular (jurídico).*

*Já o direito à paz, o direito à autodeterminação, o direito ao patrimônio comum da humanidade não podem ter como titular senão o povo. É verdade que o povo constitui a dimensão pessoal do Estado, assim esses direitos indiretamente poderiam ser encarados como direitos do Estado. A Carta africana tem essa opinião quanto à paz, na medida em que o faz proibir atividades subversivas da ordem de outro Estado. Mas será correto atribuir ao Estado direitos fundamentais?*

*O caso do direito à autodeterminação é delicado. Talvez não o pareça na hipótese de coletividade colonizada. Entretanto, se jornalisticamente é fácil identificar o colonizado, a questão é delicada em muitos casos. Por exemplo, nos Estados da América, todos os habitantes primitivos, os indígenas, foram desapossados há séculos, contudo sobrevivem em reservas. Esse direito há de ser reconhecido a eles? Noutro nível de generalidade: qualquer comunidade - por exemplo a dos habitantes de um município brasileiro - pode invocá-lo? (FERREIRA FILHO, 1995: 64-65)*

No que se refere a sua normatização, a maioria dos direitos de 3ª dimensão, salvo o direito ao meio ambiente, não encontrou respaldo, ainda, doutrinário no âmbito do direito interno, estando em fase de consagração no direito internacional. Outro problema seria a implicação universal, exigindo esforços e responsabilidades não apenas do poder público, mas a nível mundial, gerando assim, uma grande dificuldade na sua efetivação.

Entende Ingo Wolfgang que boa parte de tais direitos corresponde “a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados à idéia da liberdade-autonomia e proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares” (SARLET, 2003: 55). E, com exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa, por se tratarem de cunho excludente e negativo de caráter defensivo, poderiam inserir-se nos direitos de primeira dimensão, mostrando a constante atualidade dos direitos de liberdade, adaptados às exigências do homem contemporâneo (SARLET, 2003:55).

### 1.5 - DIREITOS DE 4ª DIMENSÃO?

Existe entre alguns doutrinadores uma certa tendência ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais que ainda não estão nem perto de encontrarem respaldo na esfera constitucional interna, mas no âmbito internacional já aparecem alguns entendimentos nesse sentido. Muito embora seja difícil sustentar, no presente momento, um surgimento de uma nova dimensão, por parecer bastante plausível o argumento de Ingo Wolfgang, no tocante da essência das demandas dos direitos fundamentais, que direta ou indiretamente, advém dos tradicionais valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade) baseados no princípio da dignidade da pessoa (SARLET, 2003:56), não se pode deixar de observar o posicionamento do grande constitucionalista Paulo Bonavides, a favor da nova dimensão.

Ele a considera como um resultado da globalização dos direitos fundamentais, chegando a uma fase de institucionalização do Estado Social. É composta pelos direitos à democracia (direta), à informação e ao pluralismo. Apesar de constituírem realmente uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, diferentemente de outros que apenas dão nova roupagem a reivindicações deduzidas, estão a frente de seu tempo, não se confundindo com utopia, porém como o próprio professor afirma: “*compendiam o futuro da cidadania e o povir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política*” (BONAVIDES, 1997:526).

Importante se faz salientar que os direitos humanos não são absolutos e portanto, passíveis de mudanças, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação (BOBBIO, 1992: 32), como verificamos com a evolução do reconhecimento destes através das dimensões (gerações).

Por se tratar de matéria de relevante importância é que se deve apontar para o cuidado da “inflação” dos direitos humanos fundamentais, evitando-se a sua banalização e conseqüentemente sua desvalorização e o desprestígio de sua própria fundamentalidade. Sendo necessária a observância de critérios rígidos e grande cautela para que se mantenha seu status jurídico e científico.

No Brasil todas as constituições dispuseram sobre declarações de direitos humanos. As duas primeiras enunciavam apenas sobre as liberdades públicas, e a partir de 1934, as demais incorporaram os direitos sociais. A nossa Constituição atual já prevê pelo menos um dos direitos de solidariedade.

## 2 - O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS

Existe na doutrina diversos posicionamentos e variadas teorias para justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos. Segundo Alexandre de Moraes destas se sobressaem três: jusnaturalista, positivista e a teoria moralista ou de Perelman (MORAES, 2003: 34).

A primeira baseia-se na idéia de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável, não sendo criação dos legisladores, por isso, não podendo, desaparecer da consciência dos homens. Já a teoria positivista acredita na ordem normativa, ou seja, só configuram como direitos humanos fundamentais aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado. E por fim, a moralista ou de Perelman, escora-se na experiência e consciência moral de um determinado povo (MORAES, 2003: 34-35).

A partir desta classificação, Alexandre de Moraes conclui no sentido de uma coexistência dessas três teorias se complementando. Assim, aponta para uma “teoria mista” dizendo:

*... somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baixada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que os legisladores ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico teoria positivista). (MORAES, 2003: 35).*

Já Manoel Gonçalves Ferreira filho afirma que para os adeptos da doutrina jusnaturalista o fundamento seria a natureza humana e, para aqueles que

contestam a resposta seria mais difícil “(ao menos para os que não fogem à questão, alegando ser ela metajurídica...)” (FERREIRA FILHO, 1995: 31).

No entanto, não há como negar a “metajuridicidade” da fundamentação dos direitos humanos pois, entendendo como metajurídico tudo que transcende o direito positivado, mister se faz analisar os aspectos históricos (evolução da sociedade), sociológicos (anseios de uma sociedade) e também, filosóficos (valores de tais anseios).

Por sua vez, defende o grande jurista Norberto Bobbio na existência de uma crise dos fundamentos, sendo impossível um fundamento absoluto e, irrelevante para conseguir de um modo mais rápido e eficaz o reconhecimento e a realização dos direitos do homem. (BOBBIO, 1992: 22-24). Justificando tal argumento, levantou quatro dificuldades para a implementação do fundamento absoluto: 1) Expressão “direitos do homem” muito vaga (mal definível); 2) Classe variável, direitos historicamente relativos (fundamental numa época e numa civilização, mas não em outras épocas e culturas); 3) Classe heterogênea (pretensões diversas entre os direitos compreendidos na Declaração); 4) Antinomia entre os direitos invocados pelas mesmas pessoas (quanto mais poderes [direitos sociais] menos liberdades para os mesmos indivíduos). Também afirmou que, em alguns casos, o fundamento absoluto serve como um pretexto para defender posições conservadoras (BOBBIO, 1992: 17-22).

Sendo assim, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, tratando-se de um problema político. Devendo-se buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. (BOBBIO, 1992: 24).

Passando para a análise da proteção, caso mais urgente, considera o problema do fundamento, em certo sentido, resolvido com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do homem de 1948, que representa a manifestação da única prova que um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado: o consenso geral acerca da sua validade.

“O modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito” (BOBBIO, 1992: 27). Tal consenso foi expressamente documentado e aprovado por 48 Estados na Assembléia Geral das Nações Unidas.

Indiretamente criou, Norberto Bobbio, um fundamento para os direitos humanos fundamentais, o consenso. Também, em outro momento, disse o professor que “... *os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer*”. (BOBBIO, 1992: 6). Partindo dessa premissa pode-se ousar dizer (não no intuito de criar uma nova teoria acerca dos fundamentos, mas de nortear e até conceituar os direitos humanos) que os direitos humanos fundamentais surgem através de grandes “lutas” em determinados momentos históricos, quando grande parte da sociedade considera necessária a proteção de tais direitos e então, entram num consenso de âmbito internacional, documentando e aprovando tais anseios. Sempre baseando no princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3 – A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

*Primeiramente, é necessário entender o que vem a ser direitos humanos fundamentais para depois analisar a sua importância. Sendo assim, professa Maria Helena Diniz:*

*Direito internacional público. 1. Conjunto de normas substantivas contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e não as normas constitucionais, arrolando os direitos elementares à dignidade humana, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais, aplicáveis aos homens individualmente ou como membros da sociedade. Tais normas constitucionais restringem o poder estatal por constituírem uma limitação ao Legislativo, Executivo e Judiciário, que devem respeitar os direitos humanos. 2. Conjunto de normas e instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade e igualdade humana, que constituem o fundamento do Estado democrático. (DINIZ: 1998: 181)*

Nesse mesmo sentido, Joaquim Herrera Flores, diz que os direitos humanos vão além de “declarações” e “pactos”, considerando-os como “os conjuntos de processos (normativos, institucionais e sociais) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”. (El vuelo de Anteo – Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Palimpsesto).

Também com semelhante entendimento, Heiner explica:

*Representam a tentativa de garantir condições elementares de vida digna nessa era, do ponto de vista político e jurídico. Isso ocorre, de um lado, como reação a*

*situações concretas de injustiça e de ameaça à humanidade, especialmente aquelas advindas como conseqüência da crise da sociedade moderna. (Filosofia dos Direitos Humanos: 47).*

Por fim, complementando todo esse raciocínio preceitua Sérgio Rezende de Barros acerca dos direitos humanos como poderes-deveres:

*O conceito poder-dever é cada vez mais atual e útil, na medida em que cresce a funcionalidade social do direito. Sendo direitos totalmente postos em função da realização do ser humano pela força maior da sua própria sociedade, os direitos humanos são poderes-deveres máximos. São poderes-deveres dos indivíduos humanos entre si mesmos – de todos para com cada um e de cada um para com todos –, visando a realizar a essência humana em cada existência humana, realizar o ser humano em cada indivíduo humano. Essa realização do humano pelos humanos é um poder que ao mesmo tempo é um dever de todos em relação a todos, a começar por aqueles que são agentes do Estado. É nesse sentido que os direitos humanos são poderes-deveres de todos entre si, oponíveis ao Estado, como a qualquer pessoa, a fim de obter uma ação ou omissão necessária, para construir ou proteger a humanidade. É por isso que ele se chama direitos humanos. (BARROS, 2004: 8).*

Embora sejam diversas as conceituações e os entendimentos sobre os direitos humanos fundamentais, há um “consenso” na doutrina com relação ao valor principal que caracteriza os direitos do homem. Apesar da história mostrar que os valores mudam com o passar do tempo e com o pensamento de cada sociedade num determinado momento histórico, a dignidade da pessoa humana adquiriu um

caráter permanente e definitivo. Este valor figura como o “ pilar de sustentação ” dos direitos fundamentais.

Pode-se entender a dignidade como o “ *cuidado com que se evita tudo o que possa enfraquecer o respeito a que se tem direito* ” (NASCENTES, 1981 apud BITTAR; ALMEIDA, 2002: 462), é nesse sentido que expressa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, respeito a esta especificidade do ser humano (vide 1º e 2º considerandos da declaração em anexo). Para demonstrar o sentido da dignidade da pessoa humana, observamos as palavras de Bittar e Almeida:

*O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de ao menos teoricamente, determinar o seu “dever-ser”. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, considerada. A essência da dignidade do sr humano é sua liberdade. A dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha. (BITTAR; ALMEIDA, 2002:462)*

Após dissecar conceitualmente os direitos humanos fundamentais e seu princípio norteador (dignidade da pessoa humana) pode-se chegar a uma conclusão sobre sua importância. Primeiramente, observa-se a questão da autopreservação com o objetivo de manter o status da dignidade. Segundo, impedir a degradação da raça humana e o seu desrespeito, que rebaixa o homem num ser insignificante.

Em suma, a importância dos direitos fundamentais do homem é a de preservar o gênero humano através da figura individual, garantindo-lhe uma vida digna, livre e “igual”, impedindo qualquer violação moral, física, patrimonial e até ambiental que o denigre e o desrespeite, seja na forma individual ou como membro da sociedade.

#### 4 – A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Faz-se necessário, primeiramente, indicar qual o sentido adotado para a expressão aplicabilidade, pois normalmente, esta costuma ser vinculada a noção de eficácia das normas. Quando falamos em aplicação dos direitos fundamentais devemos entendê-los como espécie do gênero eficácia. Segundo grande parte da doutrina tal gênero se divide em dois: a eficácia social e a eficácia jurídica (SARLET, 2003: 221). Segundo o grande constitucionalista José Afonso da Silva, embora haja uma íntima conexão entre ambos, há que distinguí-los, considerando a eficácia social como a real obediência da norma e aplicação no plano dos fatos, enquanto a eficácia jurídica seria a designação da qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos indicados na norma, sendo assim, a eficácia refere-se à aplicabilidade (exigibilidade ou exequibilidade da norma), como possibilidade de sua aplicação jurídica e não efetividade (SILVA, 1998: 65-66).

Diante de tal raciocínio pode-se observar que a eficácia social se confunde com a noção de efetividade da norma sendo, portanto a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Também da mesma corrente pode-se notar a relação entre eficácia jurídica e a aplicabilidade das normas jurídicas, *“na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes”* (SARLET, 2003: 222).

Segundo José Afonso da Silva:

... eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade, esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe

de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como a possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos. (SILVA, 1998: 60).

Portanto, diante das noções de aplicabilidade e eficácia jurídica, podemos dizer que uma norma só será eficaz (no âmbito jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade (SARLET, 2003: 222). Por isso, toda vez que fizermos menção ao termo “aplicabilidade”, estaremos abrangendo a noção de eficácia jurídica como em todo e vice-versa.

#### **4.1 – CLASSIFICAÇÃO QUANTO A SUA APLICABILIDADE**

Ao tratarmos desse assunto, devemos salientar que foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que criaram e elaboraram a classificação das normas constitucionais (sobretudo os direitos fundamentais), sob o prisma de sua aplicabilidade, em “*self-executing provisions* e *not self-executing provisions*” que, foi traduzido pela doutrina como (normas, cláusulas) auto-aplicáveis (aplicáveis por si mesmas) ou não auto-aplicáveis (não executáveis por si mesmas). Tal classificação conhecida como “clássica” foi veemente defendida por Ruy Barbosa, um dos idealizadores da ordem constitucional republicana. Considerava as normas auto-aplicáveis como “aquelas que estariam aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, já que seu exercício se encontra devidamente determinado” (SARLET, 2003: 226). Já as não auto-aplicáveis, segundo Rui Barbosa e o constitucionalismo norte-americano, seriam as normas que “exigem” uma atitude do legislador ordinário para tornar efeitos os seus preceitos, não sendo revestidas dos meios de ação essenciais para o exercício dos direitos que outorgam ou os encargos que impõem. (BARBOSA, 1933 apud, SARLET, 2003: 227). A teoria clássica e os ensinamentos de Ruy Barbosa são referência e influenciam até hoje às idéias sobre a

“problemática” da eficácia das normas constitucionais (principalmente os direitos humanos fundamentais).

Inobstante sua grande importância, foi modificada pela concepção moderna sobre eficácia e aplicabilidade, não sendo utilizadas suas idéias no sentido exato, quando foi concebida. O grande diferencial se dá quanto ao entendimento atual de que toda norma fundamental *“é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se justamente na determinação desse limite, na verificação de quais efeitos parciais e possíveis de cada um”*. (SILVA, 1998: 76).

Ao passo que na concepção clássica é sugerida a existência de normas ineficazes e destituídas de imperatividade (meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei), apesar da ressalva de Ruy Barbosa dizendo não haver, *“numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições”* (MEIRELLES TEIXEIRA, 1991 apud, SILVA, 1998: 75).

Entretanto, vale ressaltar, desde já, na não concordância completa com a concepção atual no que se refere a eficácia e aplicação das normas fundamentais como um todo na medida do possível, englobando as normas programáticas (entende-se como norma programática como aquela meramente declaratória de princípios programáticos, consubstanciando mera declaração de programa de ação) que, tem sua eficácia condicionada à legislação ulterior, sendo assim, aplicabilidade futura. A crítica a essa classificação será discutida mais para frente, portanto, para um desfecho na classificação moderna, adotaremos o entendimento de José Afonso da Silva: *“teoria tricotônica da eficácia”*. (SARLET, 2003: 233).

Nessa teoria ele divide a eficácia em três tipos: plena, contida e limitada. (SILVA, 1998: 82). Tal divisão refere-se ao quanto do efeito essencial do direito gerado. Assim,

*Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador*

*constituente, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os seus efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. (SILVA, 1998: 82-83).*

Sendo assim, as normas de eficácia plena são de aplicabilidade direta, imediata e integral. As contidas são direta, imediata, mas não integral. E, por fim, as limitadas seriam de aplicações indireta, mediata e reduzida (condicionada ou futura) (SILVA, 1998: 83). Dessa última caracterização é que podemos tecer nossa crítica no sentido de que se há um condicionamento ao legislador ordinário para que se tornem eficazes então, não existe eficácia e nem há que se falar em eficácia reduzida, mas subsiste uma possibilidade de vir a ser aplicável. Talvez a única eficácia seria a da própria existência da lei.

Apesar de inúmeros autores defenderem a eficácia limitada como uma forma de vinculação do legislador ulterior com as normas fundamentais, “obrigando-os” a legislar dando aplicabilidade aos direitos humanos fundamentais, não nos parece uma justificativa plausível, pois na realidade, não existe qualquer meio que force o legislador ordinário a complementar uma norma fundamental, ainda que exista a possibilidade de se impetrar, através do judiciário, uma ação direta de inconstitucionalidade ou um mandado de injunção contra omissões dos poderes públicos. Estes não contêm qualquer sanção contra a inoperância da autoridade competente, criando apenas um dever moral de legislar.

Observa-se que, geralmente, essa dependência de regras futuras se faz no tocante a algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos, para ser mais específico às de cunho programático (forma de positivação).

Voltando às formas de classificação, pode-se ainda dividir os direitos fundamentais em razão de sua multifuncionalidade, sendo assim, em dois grandes grupos: Direitos de defesa e Direitos a prestações (SARLET, 2003: 246). O primeiro inclui os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais (liberdades sociais e políticas); já o segundo integra os direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional. (SARLET, 2003: 246).

Caracterizam-se os Direitos de defesa pela abstenção por parte do Estado, considerados como direitos subjetivos, não havendo grande discussão sobre sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade. Ao passo que não ocorre o mesmo fenômeno quanto aos Direitos a prestações. Esse não tem aplicabilidade imediata, ou seja, plena eficácia, por exigir um comportamento ativo dos destinatários. Tais prestações materiais, geralmente são positivadas sob a forma de normas programáticas, dependendo de interposição do legislador para adquirir plena eficácia e aplicabilidade.

Deve-se então, analisar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional) e sua forma de positivação (normas de organização, definidoras de direitos e normas programáticas) no texto constitucional pois, ambos constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2003: 246).

## **4.2 – A APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O constituinte, diante da grande importância desses direitos, na intenção de resguardar sua aplicação, evitando um esvaziamento dos Direitos Fundamentais, impedindo que os permaneçam letra morta no texto constitucional, criou o princípio da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, através de seu artigo 5º, § 1º, da CF/88. Também foi

fortemente influenciado por outras ordens constitucionais (Constituição portuguesa art. 18/1; Constituição do Uruguai, art. 332; e o art. 1º, III, da lei Fundamental da Alemanha).

Com relação a quais direitos fundamentais fazem menção o art. 5º, § 1º, CF, entende-se englobar a todos esses direitos, tanto os constantes nos arts. 5º a 17, quanto os localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. O § 2º do art. 5º, CF constitui uma ratio que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo, ensejando na recepção do ponto de vista majoritário da doutrina portuguesa: além dos direitos sociais, econômicos e culturais, todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto constitucional, constituem normas diretamente aplicáveis (CANOTILHO; MOREIRA, 1991 apud, SARLET, 2003: 250).

Porém, surge um grande problema sobre o significado e alcance de tal princípio para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e aplicabilidade. Não havendo consenso na literatura jurídico-constitucional. Nesse contexto, para verificar a sua real aplicação, deve-se fazer o seguinte questionamento: “a norma contida no art. 5º, § 1º, CF possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceitos que não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador?”

Respondendo a esta pergunta, entende parte da doutrina não ser possível essa aplicação aos direitos sociais de cunho programáticos (direitos prestacionais), por ser “contrária à natureza das coisas” (FERREIRA FILHO, 1995: 99), sendo assim, não-executável, impossibilitando sua aplicação imediata, dependendo de uma interposição legislativa. Um exemplo claro disso seria a norma que institui o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), uma garantia jurisdicional contra omissões legislativas, que por falta de normas que o disciplinem, não pode ser aplicado.

Existem fortes correntes que afirmam veementemente ser absolutamente possível a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, baseando-se na premissa de que todas essas regras (até as programáticas) possuem um certo grau de eficácia, ainda que limitada, vinculando o legislador, no caso de sua omissão, à fiscalização por parte do judiciário através de instrumentos

processuais aptos a combater tais omissões: Mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF). Também entendem ser possível no caso de um descumprimento (por omissão) de algum direito fundamental, e não sendo possível (ou não sendo necessária) a utilização do Mandado de injunção ou do controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão, os órgãos judiciários e administrativos (se, da administração não originar a omissão) estariam aptos a, desde logo e em qualquer procedimento, aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa (SARLET, 2003,252).

Como já observado anteriormente, no tocante, as normas de Direitos prestacionais, sua auto-aplicação se torna inviável pela sua própria natureza e por depender de outras leis que a regulem ou complemente. Também quanto à vinculação do legislador, viu-se ser impossível, primeiro por não existir sanções eficazes por parte do judiciário que obriguem-no a legislar (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), dando-lhe apenas ciência da necessidade de regulamentar tais normas; e, segundo, como o exemplo anteriormente citado, o próprio Mandado de injunção depende de regras que o discipline, não existindo portanto nenhuma garantia para a aplicação dos direitos humanos fundamentais.

Quanto ao controle e aplicação imediata, através dos órgãos judiciários e administrativos conferindo-lhe plena eficácia, também não logra êxito por ser inviável a aplicação desses direitos programáticos (Direitos sociais), fazendo com que não surtam o efeito desejado, ou seja, para toda a sociedade, porque a medida em que esses órgãos são provocados, somente analisarão e solucionarão um problema individual, específico, com efeito individual, não atingindo o objetivo dos direitos humanos fundamentais sociais (como é o caso em que juiz manda matricular uma criança no colégio X, na verdade ele não está aplicando o direito social à educação para toda sociedade, mas sim para aquele único indivíduo que o “procurou”).

Portanto, a regra contida no art. 5º, § 1º, CF só poderá ser aplicada àqueles direitos que não dependam de qualquer ato posterior para serem aplicados (Direitos de defesa), sendo assim, não basta a intenção do Constituinte para que esta regra seja válida e sim, a natureza das normas fundamentais.

Diante do exposto e partindo da premissa de que os direitos fundamentais sociais (Direitos prestacionais) são em sua maioria de cunho

programático, surge um questionamento: “um direito (programático) que não é auto-aplicável e depende de normas futuras para obter eficácia plena pode ser considerado direito?”

Acredita-se que não, pois quando esses direitos dependem da boa vontade por parte dos governantes e do legislador, não passam de uma mera expectativa de direito, uma boa promessa. Embora pessimista esse raciocínio, relata puramente a realidade da aplicação dos direitos fundamentais no Brasil. Como dizer que existe um direito se a norma não contém eficácia no campo jurídico e não possui nenhuma garantia para sua aplicação?

Assim, de acordo com Fernando Savater:

*... todo direito deve ser respaldado pela força de uma autoridade que defenda sua aplicação. Antes de mais nada, ter um direito é ter a possibilidade normativamente reconhecida pela autoridade estabelecida de exercer uma capacidade ou desfrutar de algum benefício. Onde não há poder constituído, nem normas mais ou menos explícitas, não parece ser possível falar de “direito”. Como se pode falar de ter realmente direito a algo a que nenhuma autoridade mostra competência para dar respaldo? (SAVATER, 2000: 164)*

Desta forma, o que se vê na prática é uma demasiada invocação dos direitos humanos fundamentais, impedindo assim, sua realização efetiva ou desculpando sua conculcação (SAVATER, 2000: 159).

## 5 – EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Assim como a aplicação, a efetividade deve ser entendida como espécie do gênero eficácia. Sendo intimamente vinculada à aplicabilidade (eficácia jurídica). Se confunde com a noção de eficácia social. Diferentemente da eficácia jurídica, o instituto da eficácia social analisa a real aplicação das normas fundamentais no plano dos fatos, ou seja, é a aplicação dos Direitos humanos, na prática, o desempenho concreto de sua função social. “Representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (SARLET, 2003: 222). Uma norma efetiva não é apenas aquela que tem possibilidade de gerar efeitos, mas aquela que realmente os gera.

No Brasil este fenômeno pode ser facilmente entendido quando observada a famosa expressão “há leis que pegam e leis que não pegam”, ou seja, o sentido de pegar nos remete ao tema da efetividade.

Toda norma jurídica é feita para atingir determinados objetivos, por isso não se pode compreender um texto normativo fundamental sem levar em conta suas finalidades. Sendo assim, alcança-se o campo da eficácia social quando os objetivos buscados pela norma estão sendo realizados no plano das relações sociais.

Porém, para que seja possível um melhor entendimento da efetividade dos direitos fundamentais, mister se faz compreender a evolução do Estado Constitucional: liberal e o social.

Cabe agora voltar-nos para o problema da eficácia social ou efetividade. Nesse campo, é fundamental compreendermos a evolução do Estado Constitucional, identificando-o em dois momentos históricos: o Estado Liberal e o Estado Social. As Declarações de Direito do Estado Liberal asseguravam os chamados direitos individuais: direito à vida, direito à liberdade, direito à igualdade perante a lei, direito à segurança e direito à propriedade. Esse é o conteúdo básico dos direitos fundamentais num Estado Liberal. Mas a partir do final do século XIX as lutas sociais e uma série de transformações no sistema capitalista levaram à criação dos Estados Sociais. Com eles, as Constituições passaram a trazer não apenas os direitos acima, mas também um conjunto de direitos chamados sociais, tais como o

direito à saúde, o direito à educação, o direito à previdência, o direito à assistência social.

Mas essa mudança de uma declaração de direitos de conteúdo individualista para outra de conteúdo social não se fez sem trazer novas exigências ao Estado. Como é sabido, o Estado Liberal é um Estado basicamente abstencionista. Pode-se exemplificar essa característica com o direito à liberdade, nos seus mais variados matizes. Se pensar no que o Estado precisa fazer para garantir o direito à liberdade, ter-se-há que reconhecer que, num primeiro momento, ele não precisa fazer nada, já que as liberdades de pensar, falar, crer, serão tão mais gozadas pelos indivíduos quanto menos o Estado interferir no seu exercício. O Estado somente deve agir quando houver violação ou ameaça de violação desses direitos, atuando principalmente por meio do poder judiciário.

Detendo-se agora nos direitos sociais, vê-se como o papel do Estado muda radicalmente de figura. É impossível dizer que para garantir o direito à saúde ou o direito à educação o Estado não precisa fazer nada. Muito pelo contrário; os direitos sociais são direitos à realização de políticas públicas, ao conjunto de ações organizadas dos poderes públicos que permite aos cidadãos fruírem dos serviços públicos que lhes dão efetividade. Assim, os direitos sociais só podem estar garantidos quando o Estado desenvolve uma série de políticas de caráter universal, um Estado que; portanto, não se baseia na abstenção, que não apenas reprime o indivíduo ou o agente público que viola os direitos de outros indivíduos, mas que promove uma série de ações por meio de seus agentes a fim de que os direitos sociais possam ser gozados pelos cidadãos.

Dentre as conseqüências dessa mudança, uma das mais importantes é o aumento do custo do exercício das funções públicas. É verdade que a organização e manutenção do sistema judiciário já impõe gastos elevados, mas eles não se comparam ao que é necessário para manter as estruturas que visam garantir os direitos sociais, como os sistemas públicos de educação, saúde e previdência. Por essa razão, a estrutura organizacional do Estado Social distingue-se enormemente da estrutura do Estado Liberal, não apenas pelo número maior de órgãos e funcionários, mas pelas próprias funções que são exercidas pelo poder público.

Outro condicionante para que o Estado Social desenvolva suas funções é o aperfeiçoamento do sistema tributário. Como uma ordem política de sociedades capitalistas, o Estado Social não é o principal produtor de riquezas,

tarefa que cabe ao setor privado. Assim, por meio do sistema tributário, o Estado se apropria de parte da riqueza que é produzida pela economia de mercado para realocá-la em favor do conjunto da sociedade. Além disso, o Estado Social também promove um conjunto de intervenções na economia, não apenas regulando-a, mas também explorando diretamente algumas atividades econômicas, em ambos os casos visando o desenvolvimento nacional. Esse último ponto é de particular importância porque, em última instância, a garantia dos direitos sociais depende do aumento da riqueza nacional, sem a qual não será possível que a população goze do padrão de vida que os direitos sociais visam assegurar. Por essa razão, o Estado Social deve dispor de uma série de poderes que lhe permitam controlar algumas variáveis fundamentais da economia, tais como a política monetária, a política industrial e a política de rendas, já que sem esses instrumentos o Estado terá menos condições de orientar o funcionamento da economia e promover o desenvolvimento.

Passado pelo conceito, pelas ações e políticas que o governo deve adotar para garantir a efetividade dos direitos sociais (Direitos prestacionais), cabe observar a prática da efetividade na Constituição. Quanto aos Direitos de defesa verifica-se que são de aplicação mais fácil e, por isso, sua efetividade atinge quase que em sua totalidade as normas fundamentais que integram essa categoria, pois exigem apenas uma postura negativa do Estado.

O grande problema surge quando se analisa os direitos prestacionais (que englobam os direitos sociais quase que totalmente). Como já observado anteriormente, exige-se um maior esforço do Estado para atingir seus objetivos. Também se constata, devido a necessidade de intervenção do Estado, seja com políticas públicas mais eficazes e, principalmente, através de legislação que as regulem, uma grande dificuldade em aplicá-las, juridicamente e socialmente. Tal constatação é visualizada claramente nas já tão comentadas normas programáticas

Sendo assim, uma norma que não produz efeitos jurídicos (não tem aplicabilidade) por faltar regras que a discipline ou atos que a torne viável, não terá aplicação no campo fático, ou seja, não terá nenhuma efetividade. Conclui-se então que não basta apenas reconhecer o direito é preciso fundamentalmente torná-lo eficaz (juridicamente e socialmente).

Portanto, diante do exposto, vê-se no Brasil uma carência muito grande com relação a efetividade das normas fundamentais sociais, muitas vezes por falta de legislação que a faça atingir sua plena eficácia jurídica, e na maioria das

vezes por falta de políticas públicas que as viabilize. Transformando tais direitos em simples expectativas de direitos, meras promessas que aguardam a boa vontade do poder público competente para serem cumpridas.

## CONCLUSÃO

Após descrever a evolução histórica, os fundamentos e a importância dos Direitos Humanos Fundamentais, alcança-se a questão principal do presente tema: aplicabilidade e efetividade. Nesses institutos (aplicabilidade e efetividade) verifica-se a grande dificuldade de se afirmar positivamente quanto ao alcance à alguns dos direitos humanos. Destacando-se no momento atual os Direitos Sociais (2ª dimensão), pois passado o reconhecimento e o respeito alcançados pelos direitos conhecidos como de liberdades, o enfoque central dos direitos fundamentais fixa-se nesses direitos também caracterizados como prestacionais, devido a pouca eficácia em lato sensu destes.

Comprovou-se terem pouca eficácia (jurídica e social), ou quase nenhuma em alguns casos, por constituírem em sua maioria normas de cunho programático. Necessitando portanto, de uma atuação maior por parte do Estado para que sejam concretizados. Diferentemente das liberdades individuais que geralmente precisam apenas de uma ação negativa por parte do Estado.

Embora a intenção do Constituinte tenha sido louvável ao estabelecer a regra da aplicação imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF/88), não logrou êxito, pois não há como aplicar aquilo que seja carente de conteúdo e, conseqüentemente, carente de auto-aplicação pela natureza das coisas (exemplo disso é o Mandado de Injunção). Sendo assim, quando as normas necessitarem da boa vontade das autoridades governamentais competentes para serem aplicadas, será impossível exigir o seu cumprimento por falta de garantias que as protejam.

Desta forma, não se conseguindo eficácia jurídica, também não será possível atingir a efetividade dos direitos fundamentais. Diante disso observa-se a impossibilidade de se considerarem direitos quando, na verdade, não passam de expectativas de direitos, pois estarão sempre condicionados a atitudes positivas do Estado para virem a alcançar seu objeto na prática.

Diante da exposição de todos esses argumentos, chega-se a um entendimento mais próximo da realidade prática, apesar de não encontrar respaldo majoritário na doutrina constitucional brasileira. Embora os argumentos contrários sejam de grande justificação e demasiadamente explicados com clareza, não

passam de correntes doutrinárias puramente teóricas e que não conseguem se sustentar quando analisados nos casos práticos.

Portanto, não basta apenas reconhecer, enumerar e descrever tais “direitos” como fundamentais, deve-se haver uma preparação (políticas sociais) e esforço por parte do Estado e do indivíduo para que eles se tornem verdadeiramente efetivos. O problema encontra-se na aplicação real e nas garantias dos Direitos Humanos Fundamentais e não no seu reconhecimento.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Sérgio Rezende de. Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, n 176, p.7-9, maio. 2004.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 19 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAVATER, Fernando. **Ética como amor próprio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.