

Tópicos para uma Reconstrução da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil

Autor(a): Ricardo Mauricio Freire Soares

Publicado em: 29 de março de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil#ep-1453c379

Resumo

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA NOVA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio...

Texto integral

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA NOVA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Na atual fase do neoconstitucionalismo ocidental, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares da teoria e da prática jurídica, com reflexos diretos no modo de compreender e exercer o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos. Decerto, uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelo Estado e pelo conjunto da Sociedade Civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensado apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrado numa perspectiva objetiva, como norma que encerra os valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo agentes privados. Com efeito, essa mudança paradigmática em matéria de direitos fundamentais se coaduna com a própria natureza do neoconstitucionalismo brasileiro, cuja natureza dirigente implica a admissão da primazia axiológica e da amplitude dos efeitos jurídicos do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cujo respeito se torna a base para a realização de um direito justo. Nesse sentido, convém rememorar a concepção esposada, dentre outros, por Karl Larenz (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1993, p. 21), ao sustentar que o direito justo é um peculiar modo de ser do direito positivo, que eleva os valores humanos ao patamar de normatividade jurídico-constitucional, uma vez que subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento axiológico da dignidade da pessoa humana, sendo atribuídos, para a tutela de uma vida digna, um rol de direitos fundamentais que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si. Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana permite, assim, reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico pátrio, potencializando a

realização do direito justo ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da idéia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais.

2 A ACEITAÇÃO DA APLICABILIDADE DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cumpre salientar que um dos desdobramentos mais importantes do novo paradigma dos direitos fundamentais é a reviravolta operada no tema concernente à eficácia jurídica (aplicabilidade) das normas constitucionais. Isso porque, ao se afastar a concepção anacrônica da mera programaticidade das normas principiológicas, baseada na idéia de não-obrigatoriedade do Estado e mesmo dos particulares de implementar os direitos fundamentais, abriu-se espaço para que a principiologia constitucional passasse a produzir amplos efeitos no sistema jurídico. Ancorado na visão de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das Normas Constitucionais . 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88), o pensamento mais tradicional sustenta uma classificação tricotômica acerca da eficácia das normas constitucionais, marcada pela seguinte distinção: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem ainda em: normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático. Nessa linha de raciocínio, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas normas constitucionais de aplicabilidade direta, imediata e integral, porquanto, desde a entrada em vigor, incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, independentemente de integração legislativa, como, por exemplo, as normas definidoras de direitos e garantias (parágrafo primeiro do art. 5º). As normas constitucionais de eficácia plena precisam ser completas, à medida que apresente todos os elementos e requisitos para que ocorra sua incidência direta e imediata. As normas constitucionais de eficácia contida incidem, imediatamente, sem a necessidade de ulterior integração legislativa, prevendo, contudo, meios ou conceitos que possibilitam manter sua eficácia contida em certos limites. Nesse sentido, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas normas constitucionais de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque estão sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade, como se verifica, por exemplo, da leitura do art. 5º, XIII. As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida demandam a intervenção legislativa para incidirem, porque o poder constituinte não lhes emprestou normatividade jurídica suficiente para isso pelo que sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida. As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida podem ser subdivididas em normas de princípio institutivo, que se propõem a estruturar organismos ou entidades (por exemplo, art. 18, parágrafo segundo), e normas de princípio programático, que veiculam políticas públicas ou programas de governo, que apontam para a realização dos fins sociais do Estado, como, por exemplo, os arts. 196 e 205 da Constituição Federal de 1988. Atualmente, a classificação proposta por José Afonso da Silva pode ser, no entanto, com a devida vênia, objeto de críticas, pois, ao lume do postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais da Constituição, todas as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas pela via administrativa e, sobretudo, jurisdicional, pelo que cumpre ao Poder Público, notadamente aos magistrados, aplicar diretamente mesmo uma norma de eficácia limitada, desde que se configure a situação correspondente à prescrição normativa. Deveras, não é outro o entendimento vanguardista de Dirley da Cunha Júnior (Controle judicial das omissões do poder público . São Paulo: Saraiva, 2004, p. 101), para quem, partindo-se da constatação de que a Constituição vincula tanto os órgãos estatais com os cidadãos, dúvidas não podem mais subsistir

quanto à natureza jurídica e imperativa das normas de eficácia limitada, como as ditas normas programáticas. Nesse compasso, as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Decerto, são tão jurídicas e vinculativas as normas programáticas, malgrado sua abertura ou indeterminabilidade, que, na hipótese de não realização destas normas e destes direitos por inércia dos órgãos de direção política (Executivo e Legislativo), caracterizada estará a inconstitucionalidade por omissão. Sendo assim, todas as normas constitucionais concernentes à estrutura axiológica e teleológica dos direitos fundamentais – inclusive as ditas programáticas – geram imediatamente direitos subjetivos para os cidadãos, inobstante apresentem graus eficáciais distintos. Sendo assim, considerar as normas constitucionais programáticas como meras proclamações de cunho ideológico ou político implica negar a existência delas como categorias jurídico-normativas. Com efeito, o Estado contemporâneo encontra-se submetido ao ideal de uma Democracia substantiva ou material, pelo que as eventuais inércias do Poder Legislativo e do Poder Executivo devem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição (por exemplo, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental). Deste modo, a realização da eficácia das normas constitucionais exige o fortalecimento de uma jurisdição constitucional emancipatória e progressista, assumindo o Poder Judiciário um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, através de uma hermenêutica criativa e concretizante da essência axiológica e teleológica de uma Constituição, indispensável para a materialização de um direito justo.

3 O RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS DE CUNHO PRESTACIONAL

De outro lado, em que pese a topologia da Constituição Federal de 1988 não privilegie o entendimento que acolhe os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação ao plexo axiológico dos direitos humanos que consubstancia o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Indubitavelmente, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana requer o reconhecimento da necessidade de assegurar não somente os direitos individuais dos cidadãos (vida, liberdade, igualdade formal, propriedade, segurança), também conhecidos como direitos de primeira dimensão, cuja concretização demanda a abstenção dos órgãos estatais, mas também implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado. Segundo o magistério inolvidável de Norberto Bobbio (*A Era dos direitos* . Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72) , o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, a indispensabilidade da intervenção estatal. Isso porque que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu o Estado de Bem-estar Social. Enquanto os direitos individuais de liberdade nascem como uma contraposição ao poder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, a ingerência do Estado. Decerto, os direitos fundamentais de segunda geração passaram por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigiam do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, sendo, por isso, relegados à condição de direitos subalternos, quando comparados aos direitos individuais. Conforme assevera o Mestre Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional* . 11. ed. São Paulo:

Malheiros, 2001, p. 518), os direitos sociais tiveram, tradicionalmente, a sua juridicidade questionada, sendo remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos individuais que enunciam as liberdades básicas. Atravessaram uma crise de observância e execução, que muito comprometeu o seu reconhecimento como direitos fundamentais. Diante da atual fase do neoconstitucionalismo, sobretudo no âmbito do sistema constitucional brasileiro, marcado pela primazia da dignidade da pessoa humana, não se revela crível qualquer tentativa reducionista de afastar os direitos sociais da categoria dos direitos fundamentais, subtraindo sua plena aplicabilidade e prejudicando, assim, o efetivo exercício da cidadania. Eis a razão pela qual se deve afastar a idéia de que as normas definidoras de direitos sociais estariam destituídas de prevalência axiológica no sistema jurídico brasileiro, não integrando o rol das cláusulas pétreas, como limites materiais expressos ao poder de reforma constitucional. Nesse diapasão, Flávia Piovesan (Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional . 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 52), alerta que o movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los. Decerto, a partir da leitura principiológica da dignidade da pessoa humana, pode-se asseverar que o sistema constitucional brasileiro não previu qualquer regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais, seja para os direitos individuais, seja para os direitos sociais. Esse entendimento se reforça pela constatação de que o Poder Constituinte pátrio optou por um modelo de constitucionalismo dirigente, a ser implementado por um Estado intervencionista no campo econômico-social (arts. 1º e 3º), além da Carta Magna, no art. 5º, § 1º, estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aqui englobando todas as normas de direitos fundamentais, inclusive aquelas que regulam os direitos sociais, e não somente as que tratam dos direitos individuais dos cidadãos. Ademais, a opção hermenêutica pela abertura do rol dos direitos fundamentais e pela fundamentalidade dos direitos sociais é ainda robustecida quando se verifica que, no plano internacional, o Brasil foi signatário de inúmeros tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, corroborando o art. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 que, expressamente, estatui que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sendo assim, revela-se, portanto, insustentável a interpretação constitucional de que os direitos sociais a prestações positivas do Estado estão excluídos da categoria dos direitos fundamentais, não apresentando eficácia plena e imediata aplicáveis, porquanto a dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, inclusive individuais, só se realizam plenamente com o reconhecimento da aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais. Não é outro o entendimento de Ingo Sarlet (A eficácia dos direitos fundamentais . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 8), para quem o enfraquecimento dos direitos sociais atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos, bastando observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização dos cidadãos, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre

outros bens jurídicos fundamentais. Com efeito, a dignidade da pessoa humana expressa não somente a autonomia da pessoa humana que caracteriza os direitos individuais, vinculado à idéia de autodeterminação na tomada das decisões fundamentais à existência, como também requer prestações positivas do Estado, especialmente quando fragilizada ou quando ausente a capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo. Deveras, os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se, assim, voltados para a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, objetivando, em última análise, a tutela da pessoa humana em face necessidades de ordem material, tendo em vista a garantia de uma existência digna. Destarte, os direitos fundamentais sociais catalisam um projeto de emancipação e de afirmação da dignidade do ser humano, oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações sócio-econômicas, sem a qual não se realiza o direito justo.

4 A INADEQUAÇÃO DO ARGUMENTO DA “RESERVA DO POSSÍVEL” NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Noutro giro, a questão da escassez de recursos econômicos como limite para o implemento estatal dos direitos fundamentais sempre desafiou a comunidade jurídica. A resposta a esse questionamento está intrinsecamente ligada ao exame do argumento da reserva do possível, a partir do qual se vislumbram o alcance da eficácia dos direitos fundamentais e o papel do Poder Judiciário no amparo das pretensões positivas dos sujeitos de direito. Descrevendo esse cenário complexo de efetivação dos direitos fundamentais, refere Gustavo Amaral (Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73), que, como os direitos fundamentais valem para todos os que estão em condições de recebê-los, mas os montantes econômicos para o atendimento das demandas são finitos, surge um conflito específico por pretensões positivas, no qual será necessário tomar decisões trágicas sobre a destinação dos recursos escassos do Estado. A teoria da reserva do possível exprime um lugar-comum (topos) da jurisprudência constitucional alemã, que assevera que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos econômicos, ao mesmo tempo em que a decisão sobre a sua disponibilidade financeira situa-se no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares relativas à composição dos orçamentos públicos. Com efeito, segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os direitos sociais a prestações positivas estão sujeitos à égide da reserva do possível, no sentido daquilo que o sujeito de direito, de modo racional, pode almejar da sociedade, impossibilitando exigências individuais acima de um certo limite básico de satisfação dos direitos fundamentais. Conforme assinalam J. J. Canotilho e Vital Moreira (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 31), a efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais se relaciona com uma reserva do possível no campo dos recursos econômicos, porquanto a elevação do nível da realização dos direitos fundamentais prestacionais resta sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado pelo Estado para esse efeito. Nesse sentido, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos fundamentais, mormente aqueles de natureza social, que demandam prestações positivas dos órgãos estatais, tais como a saúde, a educação, a moradia, a previdência e a assistência social. Seguindo essa linha de raciocínio, faltaria aos juízes não somente a legitimidade democrática como também a competência necessária para, situando-se fora do processo político propriamente dito, garantir a efetivação das prestações que constituem o objeto dos direitos sociais, submetidas, muitas vezes, a condições de natureza macroeconômica, não dispondo, portanto, de critérios suficientemente seguros e claros para solucionar a questão no âmbito estrito da interpretação e argumentação jurídica. Sucede, contudo, que o argumento da reserva do possível não deve ser utilizado indiscriminadamente para qualquer situação concreta em

matéria de direitos fundamentais, sem a necessária consideração tópica da realidade do caso concreto, pois não se afigura difícil a um ente público justificar sua omissão social perante critérios de política orçamentária e financeira, mitigando a obrigatoriedade do Estado em cumprir os direitos fundamentais, especialmente aqueles direitos sociais de cunho prestacional, que, por conseguinte, restariam inoperantes. Nesse prisma, merece guarida o pensamento de Robert Alexy (Teoría de los derechos fundamentales . Madrid: CEPC, 2002, p. 494), para quem, no sistema jurídico tedesco, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão relevantes que a sua concessão ou denegação não podem ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. Logo, a questão de saber quais os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui é uma questão de ponderação de bens e valores constitucionais, passível, portanto, de controle jurisdicional. O princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, tanto quanto os princípios democrático e da separação dos poderes, não figuram como absolutos, sendo possível que as pretensões individuais apresentem mais peso que as razões de política financeira que constituem a reserva do possível. Pode-se dizer, por isso mesmo, que a importação ao Brasil da doutrina alemã de interpretação dos direitos sociais ocorreu de forma acrítica, porquanto a não-inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, tomada como paradigma para a negação do caráter fundamental dos direitos sociais, decorreu de circunstâncias próprias da experiência fracassada da Constituição de Weimar, que culminou no enfraquecimento da força normativa daquela Carta Magna e não na renúncia ao seu ideário progressista. Como bem acentua Andreas Krell (Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha : os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 47), a reserva do possível figura como uma verdadeira falácia no sistema jurídico brasileiro, a qual decorre de um Direito Constitucional Comparado equivocado, cuja importação a-crítica não atenta para a opção político-ideológica do legislador constituinte, que formulou uma opção inequívoca pelo intervencionismo estatal no campo sócio-econômico, baseado no modelo do constitucionalismo dirigente e na busca da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Ao revés, se os recursos financeiros do Estado brasileiro não são suficientes, devem ser, em verdade, retirados de outras áreas menos prioritárias, tais como custeamento de gabinetes governamentais ou parlamentares, onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais para a realização da vida digna do ser humano. Ademais, afigura-se inconsistente a visão tradicional em matéria de direitos fundamentais segundo a qual, para o erário público, a implementação dos direitos sociais é sempre mais custosa que a garantia dos direitos individuais dos cidadãos, como se a tutela das liberdades básicas só exigisse uma simples postura abstencionista do Estado, nos moldes preconizados pelo liberalismo econômico. Com efeito, advertem os juristas Stephen Holmes e Cass Sunstein (The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes . Nova Iorque-Londres: Norton, 1999, p. 10), que, embora ideologicamente liberais, reconhecem que todos os direitos fundamentais, individuais ou sociais, exigem o aporte econômico pelo Estado, desfazendo-se a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos, ante a constatação dos custos resultantes da efetividade de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração. Isso porque a manutenção de uma estrutura de fiscalização de direitos individuais como a vida, a propriedade ou a segurança pública reclama, necessariamente, investimentos em recursos materiais e humanos, afastando a falsa percepção de que não onerariam o patrimônio público. Eis as inúmeras razões que justificam o exame crítico do argumento da reserva do possível pelos intérpretes do direito pátrio, mormente através de uma nova jurisdição constitucional, a fim de maximizar o sentido e o alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa, sem o qual restaria frustrada a legítima expectativa de materialização de um direito justo na sociedade brasileira. 5 A ACEITAÇÃO DA IDÉIA

DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO CAMPO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Quando se analisa o dever positivo do Estado de implementação de direitos fundamentais, sobretudo aqueles de natureza social, pode-se vislumbrar, correlativamente, uma imposição de abstenção, como uma obrigação anexa de não tomar medidas que atentem contra as conquistas já cristalizadas na normatividade jurídica derivada da Constituição. Partindo-se dessa constatação, a jurisprudência europeia desenvolveu, na segunda metade do século vinte, mormente na Alemanha e em Portugal, a idéia de vedação ao retrocesso, como cláusula geral de tutela dos direitos fundamentais, concretizados pela legislação infraconstitucional, assumindo uma função de defesa para o cidadão, contra as ingerências abusivas dos órgãos estatais. A idéia de vedação ao retrocesso defluiu, originariamente, da afirmação de que as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto da perspectiva qualitativa. Segundo J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição . 3. ed., Coimbra: Almadina, 1998, p. 321), a vedação do retrocesso desponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador encontra, portanto, o núcleo essencial já realizado como o limite de sua atuação. No sistema jurídico brasileiro, a idéia de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais decorre da interpretação sistemática e teleológica dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo primeiro), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Embora a idéia de vedação ao retrocesso não esteja suficientemente difundida na comunidade jurídica brasileira, seus efeitos começam a ser acolhidos gradativamente no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias, associados à primazia axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como marco para fundamentação e legitimação dos direitos fundamentais. Decerto, negar o reconhecimento da idéia de vedação ao retrocesso no sistema jurídico pátrio significaria, em última instância, aceitar que os órgãos estatais, a despeito de estarem subordinados aos direitos fundamentais que integram a dignidade da pessoa humana, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões, motivados por casuísmos políticos, mesmo em flagrante desrespeito ao conteúdo da Constituição brasileira e à vontade expressa do Legislador Constituinte originário. Nesse sentido, sustenta Luís Roberto Barroso (O direito constitucional e a efetividade de suas normas . 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 157) que, apesar da vedação do retrocesso não estar explicitada na Carta Magna pátria, apresenta plena aplicabilidade, visto que, a partir da leitura axiológica do sistema jurídico-constitucional, deve-se entender que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. No sistema constitucional brasileiro, a idéia de uma vedação do retrocesso adquire inclusive novo significado, distanciando-se dos contextos germânico e lusitano, pois a realidade nacional demonstra que o Brasil ainda não percorreu o caminho da efetivação de um Estado Democrático de Direito. Logo, o sentido da vedação do retrocesso não somente é negativo, ao impedir a ação lesiva do Estado no campo dos direitos fundamentais, mas também se

afigura positivo, pois impõe, sobretudo aos agentes públicos, o dever de catalisar o progresso social, através de medidas concretizadoras planos legislativo, administrativo e jurisdicional, proibindo-se, assim, as omissões estatais que ocasionem o retrocesso social. Sendo assim, a idéia de uma vedação do retrocesso atua de modo bivetorial, no plano de uma metafundamentalidade formal, limitando e dirigindo o modo através do qual o Estado vai realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, como marco de uma metafundamentalidade material, que engloba a ampla gama de direitos fundamentais de todas as dimensões, previstos implícita ou explicitamente na Constituição Federal de 1988. Desse modo, deve-se reconhecer, em nome do compromisso ético da realização de um direito justo, o primado da vedação em matéria de direitos fundamentais, de molde a concretizar a força normativa e a plena dimensão eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana, como interpretação mais compatível com os valores e fins norteadores do sistema constitucional brasileiro.

6 A RECUSA À HIPERTROFIA DA FUNÇÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma das contribuições do funcionalismo sociológico para a ciência do direito reside na afirmação do caráter simbólico das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Isso ocorre porque a simples positivação de certas normas na Constituição, como a que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, teria o condão de simbolizar a idéia de justiça de uma dada comunidade humana, garantindo a estabilidade para o funcionamento autopoietico do sistema jurídico. Como bem elucida David Dantas (Interpretação constitucional no pós-positivismo : teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2005, p. 164), a teoria do direito autopoietico esvazia o sentido ético do justo, definindo a justiça como a complexidade adequada do sistema jurídico, vale dizer, a consistência das decisões do sistema, independentemente de qualquer critério moral para orientar a conduta humana e julgar a correção das normas individuais. A noção de justiça significa que, apesar da infinidade e diversidade de decisões e procedimentos, além das irritações do meio social, o sistema jurídico consegue atingir um nível de coerência que lhe permite continuar a existir. O direito é que dirá, em última instância, o que é justo ou não, valendo-se de uma moral relativizada que adquire substância nos princípios jurídicos e, sobretudo, constitucionais. Sucede que os efeitos simbólicos de fórmulas normativas de justiça, como a dignidade da pessoa humana podem, uma vez hipertrofiados, ocultar o grave problema da discrepância entre o mundo do dever ser (esfera normativa) e o mundo do ser (esfera da realidade), o que compromete a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos. O crescimento desmesurado da função simbólica das normas referentes aos direitos fundamentais geram, freqüentemente, a falsa sensação de realização de um direito justo, como se a dignidade da pessoa humana estivesse sendo assegurada concretamente pelo sistema jurídico, ainda que, no plano real da interações sociais, verifique-se o desrespeito constante à existência digna dos cidadãos. Ao tratar da tendência de um distanciamento simbólico da Constituição, assinala Fábio Nadal (A constituição como mito : o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006, p. 21), que a legitimidade da Carta Constitucional pode basear-se numa crença mítica, alimentada por uma fé irracional na Constituição, propiciando o urdimento de um sistema normativo de acordo com um discurso competente, de natureza ideológica, que tem a finalidade de alcançar e manter a funcionalidade da ordem jurídica, através da dominação, regulação e integração dos atores sociais. Deste modo, surgem os riscos da transformação de uma Constituição normativa numa Constituição nominalista, pois enquanto as Constituições normativas pressupõem uma força normativa que orienta as expectativas e direciona as condutas na esfera pública, as Constituições nominalistas se destacam pelo hiato radical entre texto e realidade constitucionais. Decerto, nas Constituições nominalistas, ocorre tanto a desconstitucionalização fática, pela degradação semântica do texto constitucional e falta da generalização congruente de

expectativas normativas, como também a concretização desconstitucionalizante do texto constitucional, quando o texto constitucional se torna uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis se desenvolve, muitas vezes, à margem do modelo textual e formalista da Carta Constitucional. Para Marcelo Neves (Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Revista de Informação Legislativa . Brasília-DF: Senado Federal, n. 132, out./dez. 1996, p. 323), a concretização normativo-jurídica do texto constitucional é bloqueada por injunções econômicas, políticas ou ideológicas, implicando, contrariamente à codificação binária dos sistemas autopoieticos, a quebra da autonomia operacional do sistema jurídico, ao tempo em que não se verifica a integração de uma esfera pública pluralista, pelo que o agir e o vivenciar normativos do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a própria Constituição como modelo jurídico-político. A constitucionalização simbólica da dignidade da pessoa humana figura, assim, como uma espécie de constitucionalismo aparente, que estabelece uma representação ilusória em face da realidade constitucional, transmitindo um modelo ideal ou retórico cuja realização somente seria possível sob condições sociais totalmente diversas, contrapondo-se um texto constitucional simbolicamente incluyente e uma realidade constitucional excluyente. Segundo ainda Marcelo Neves (Id. Ibid , p.326), essa constitucionalização simbólica de uma vida digna pode servir como álibi em favor de agentes políticos dominantes, promovendo o adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e nos escaninhos da estrutura social. Uma vez obstaculizada a efetividade dos direitos fundamentais, a constitucionalização simbólica do princípio da dignidade da pessoa humana pode acarretar uma deturpação pragmática da linguagem da Constituição, comprometendo a estrutura operacional e a própria autonomia/identidade do sistema constitucional, além de conduzir, nos casos extremos, à desconfiança social no sistema político-jurídico e nos agentes públicos, abalando os alicerces do Estado Democrático de Direito e a realização concreta da justiça.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. Tópicos para uma Reconstrução da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil. *Direito do Estado — Colunistas*, 29 mar. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>. Acesso em: 12 ago. 2026.

APA 7ª edição

Soares, R. M. F. (2016, March 29). Tópicos para uma Reconstrução da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil. **Direito do Estado — Colunistas**. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. 2016. "Tópicos para uma Reconstrução da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil." **Direito do Estado — Colunistas**, March 29. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>

BibTeX

```
@article{ricardo-mauricio-freire-soares-t-picos-para-uma-reconstru-o-da-teoria-d-2016,
author = {Soares, Ricardo Mauricio Freire},
title = {Tópicos para uma Reconstrução da Teoria dos Direitos Fundamentais no Brasil},
journal = {Direito do Estado – Colunistas},
year = {2016},
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-p
ara-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil},
urldate = {2016-03-29}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgal 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-mauricio-freire-soares/topicos-para-uma-reconstrucao-da-teoria-dos-direitos-fundamentais-no-brasil>

PDF gerado em 2026-08-12 01:51 UTC