



E-Legis

Biblioteca
DIGITAL
CÂMARA

 **CÂMARA DOS
DEPUTADOS**

E-Legis | Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação
Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados

<http://inseer.ibict.br/e-legis>
<http://bd.camara.gov.br>



DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E APLICABILIDADE IMEDIATA

Marilene Carneiro Matos¹

Resumo: Estuda os fundamentos da garantia da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, nos termos propostos pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Aborda a questão da garantia, analisando seu alcance e efeitos, bem como possíveis exceções e circunstâncias, com o objetivo de lançar uma contribuição sobre tema tão relevante e de especial interesse para o Poder Legislativo, muitas vezes questionado por supostas omissões na sua função de legislar no tocante aos direitos fundamentais. Discorre acerca das principais posições doutrinárias, bem como a visão da Corte Constitucional quanto ao alcance da garantia.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Características; Aplicabilidade Imediata; efetividade; correntes doutrinárias.

Abstract: Studies the foundations of the security of immediate applicability of fundamental rights, as proposed by § 1º of Art. 5 of the Federal Constitution. Addresses the question of the scope of the warranty, considering its scope and effects as well as possible exceptions and circumstances.

Keywords: Fundamental Rights; Features; Immediate applicability; effectiveness; doctrines.

1 Introdução

O presente trabalho originou-se dos estudos desenvolvidos por Grupo de Pesquisa e Extensão – GPE da Câmara dos Deputados que, ao estudar a colisão de direitos fundamentais, por via de consequência, adentrou nas características desses direitos e garantias, concedendo à característica da aplicabilidade imediata, prevista pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, análise mais aprofundada, justamente, pelas discussões e perplexidades que gera.

Por meio de análise doutrinária e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, buscou-se aferir o alcance e significado do enunciado constitucionalmente previsto, o qual

¹ Assessora Jurídica da Quarta-Secretaria da Câmara dos Deputados, Advogada graduada pela UnB, especialista em Processo Civil pelo IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público (marilene.matos@camara.gov.br)

dispõe textualmente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988).

O estudo visou compatibilizar o dispositivo do § 1º do art. 5º, em uma interpretação harmônica, com as normas constitucionais que preveem o Mandado de Injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, cabível sempre que ocorrer a “inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”.

À primeira vista, em análise superficial, há a ideia de que o constituinte originário, com a redação dada ao § 1º do art. 5º, tencionou dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, em toda e qualquer circunstância. Entrementes, na prática, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais enseja inúmeras dúvidas e contradições. Além do que, como mencionado, persistem dúvidas no tocante à harmonização de tal dispositivo com o Mandado de Injunção e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Entre os direitos fundamentais, distinguem-se os de caráter negativo ou de liberdade, que impõem uma abstenção ou um “não fazer” do Estado, daqueles de caráter positivo ou prestacional do ente estatal.

Dessa forma, considerando-se que a Constituição de 1988 consagrou um considerável catálogo de direitos de índole positiva, ao tempo em que o aparato estatal não logrou acompanhar todo o rol de direitos em políticas públicas, como pensar a efetivação dos direitos fundamentais conciliando o nobre dispositivo do parágrafo primeiro do artigo 5º com a realidade fática dos recursos escassos e com o respeito à separação de Poderes?

O presente estudo visa a enfocar os direitos fundamentais sob o aspecto da efetividade, que nada mais é que a aptidão para produzir efeitos, para mudar a realidade fática. A seu turno, a efetividade se relaciona de forma umbilical com a judicialização das normas constitucionais ou seu cumprimento forçado, por intermédio de uma ordem judicial.

Sem a pretensão de esgotar o tema, objeto de preocupação de diversos outros estudiosos, o trabalho pretende lançar um novo olhar, uma nova contribuição para melhor compreender o assunto, mormente, por tratar-se de tema de extremo interesse para o Poder Legislativo, muitas vezes questionado diante de omissões legislativas, às quais, por sua vez, geram questionamentos acerca do alcance do mencionado § 1º do art. 5º da Constituição, bem como ante os instrumentos do Mandado de Injunção e da ADIN por omissão.

2 Da Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são garantias que visam a preservar a dignidade da pessoa humana e, por isso, se revestem de características que lhes são atribuídas de forma mais ou menos consensual pela doutrina e pela maioria das cartas políticas, tais como, a universalidade,

o caráter absoluto, a constitucionalização, a historicidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade, a vinculação aos Poderes Públicos, bem como a aplicabilidade imediata, esta última, objeto do presente estudo.

A Constituição brasileira dispõe, no § 1º do art. 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, via de regra, as garantias que configuram direitos fundamentais não dependem de atuação legislativa, visto que a própria Carta Política lhes assegura a imediata aplicabilidade. Isso porque, nos termos consagrados pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é considerada como fundamento próprio da República Federativa do Brasil. Tal valor é vetor de aplicação de toda a Carta Constitucional, motivo pelo qual a efetividade dos direitos fundamentais não poderia ser deixada à mercê da vontade legiferante no que se refere à sua aplicação.

Nesse sentido, pensou-se em conferir aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais como um mecanismo passível de evitar que tais direitos pudessem tornar-se “letra morta”, em caso de omissão legislativa. Diante da necessidade de ultrapassar-se um Estado de Direito meramente formal, concretizando-se realmente as garantias de direitos fundamentais, achou por bem o legislador constituinte originário deferir-lhe a característica da aplicabilidade imediata.

Tal preocupação adveio, em parte, da experiência histórica, que mostrou a gravidade de que podem se revestir situações em que os direitos fundamentais dependem da regulamentação legislativa ordinária. Exemplo dos efeitos maléficos de tal situação pode ser visualizado na experiência Alemã, com a Constituição vigente à época em que prevaleceu o nazismo, que ignorou todas as garantias previstas pela Constituição de Weimar. Tal fato possibilitou a implantação do regime totalitário de 1933. Tamanha distorção foi corrigida, *a posteriori*, pela Constituição de 1949, a qual apregoou que os direitos fundamentais eram de aplicabilidade imediata.

Além da desastrosa experiência alemã, passou a vigorar, de forma mais ou menos generalizada pelas Constituições, o entendimento de que os direitos fundamentais decorriam diretamente do poder constituinte originário, que por sua relevância e prevalência não deveriam depender da atuação do legislador ordinário. Nesse diapasão, após a tragédia alemã, várias outras Constituições passaram a garantir a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, entre as quais se podem exemplificar: a Constituição Espanhola, no art. 33; a Constituição Portuguesa, no artigo 18, bem como a Constituição Brasileira de 1988, no já mencionado § 1º do art. 5º.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 se inspirou na Constituição da República Portuguesa de 1976 (art.18, ??1), a qual, a seu turno, imitou a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como na Constituição Espanhola, para instituir a garantia da aplicabilidade imediata em termos semelhantes ao atualmente disposto no §1º do art. 5º.

A característica da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais é de suma importância, porque preserva e garante a dignidade da pessoa humana, a qual configura um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesses limites, seria desprovido de razoabilidade entender-se que os direitos e garantias fundamentais devem depender para sua concretude de amoldar-se às prescrições legislativas, ao contrário, a lei ordinária é que se deve adaptar às prescrições de direitos fundamentais. Assim, normas que consagrem direitos fundamentais não devem ser consideradas apenas normas matrizes de outras normas, visto que têm o condão de regular diretamente relações jurídicas.

Ao não se conferir efetividade a normas de direitos fundamentais, poder-se-ia incorrer na falta de efetividade das normas constitucionais, as quais, no pensamento do publicista francês Louis Favoreu *in* Silva (2007, p.600), não são direito, “por se tratar de um texto demasiado vago, excessivamente geral, que carece de força normativa e que não tem nenhuma densidade enquanto norma”.

Nessa linha, para que se concretize um estado social democrata, faz-se imperioso reconhecer a judiciabilidade dos direitos fundamentais, passíveis, por si só, de gerar direito subjetivo e proteção judicial. Portanto, o texto constitucional não se configura mera carta de intenções e não se limita a ditar direitos de forma objetiva. Por essa razão, o próprio texto constitucional prevê remédios jurídicos protetores da efetivação dos direitos fundamentais, entre os quais se pode exemplificar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, o *Habeas Corpus* e o *Habeas Data*.

Considerando que às normas consagradoras de direitos fundamentais foram conferidas máxima efetividade, os magistrados não só têm a possibilidade, mas também o dever de aplicar diretamente as normas de direitos fundamentais para decidir casos concretos que sejam submetidos às suas decisões, sem depender, para tanto, da existência de lei ordinária.

3 Aplicabilidade imediata – Separação de Poderes e Discricionariedade Administrativa

Na visão de Alexy (2008, p.186), os direitos fundamentais dividem-se em três categorias: direitos a algo, liberdades e competências. As liberdades constituem-se em opções de conduta que o legislador deixa a cargo dos indivíduos; competências é a capacidade que o administrado tem de modificar posição jurídica; os direitos a algo, classificação que mais interessa ao nosso estudo, são ações positivas e negativas a que o Estado se obriga na concretização dos direitos fundamentais.

Assim, as prestações negativas ou abstenções do Estado poderiam ser exemplificadas como o não impedimento por parte do ente estatal de ações não proibidas dos cidadãos, não modificação de propriedades e situações jurídicas. Em outra mão, os direitos positivos, ou direitos prestacionais, subdividem-se em prestações fáticas e normativas, relacionando-se às ações que o Estado se deve obrigar para concretizar determinado direito fundamental.

Para Alexy (2008), os direitos subjetivos prestacionais equivalem a uma relação trivalente entre um titular de direito fundamental, o Estado e uma ação positiva por parte do aparato Estatal. Há um direito subjetivo do indivíduo frente ao Estado e um dever do Estado de realizar a prestação correspondente ao direito.

O doutrinador comunga da ideia da maioria da doutrina constitucional, no sentido de que os direitos fundamentais, dada sua importância, não podem ser deixados ao livre arbítrio do legislador ordinário. Para essa linha de pensamento, antes de subordinarem-se os direitos fundamentais à legislação ordinária, esta última é que se deve nortear pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Esse é também o entendimento esposado por Bandeira de Mello (1981, p.245) que, discorrendo acerca dos direitos fundamentais e sua aplicabilidade, aduz que a lei não pode superar a Constituição em força, a despeito da imprecisão e da maior fluidez dos seus conceitos.

Muito embora se admita que o direito sofra a influência da cláusula restritiva desse direito consubstanciada na reserva do possível – daquilo que o indivíduo possa razoavelmente exigir da sociedade – isso não implica na ineficácia do direito e sim que ele está sujeito à ponderação na sua aplicação.

A despeito da corrente doutrinária que nega o caráter de subjetividade aos direitos fundamentais sociais, da qual se exemplifica Barroso (2001, p.104), há fortes argumentos para conferir-se positividade jurídica aos direitos fundamentais, sendo esse o pensamento de Canotilho (2002), para quem as normas programáticas são dotadas de positividade jurídica. Segundo o constitucionalista:

a positividade é dotada de eficácia vinculativa à medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por último, vinculação negativa dos poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade. (CANOTILHO, 2002, p.1102-1103)

Inegável que a interpretação que melhor se coaduna com um estado social de direito é a que reconhece aos direitos fundamentais, a despeito do seu caráter programático, autêntica natureza de direito público subjetivo. Com efeito, os direitos fundamentais possuem todas as características indispensáveis à sua subjetivação, tais como, estar positivados em norma jurídica, corresponder a cada um deles deveres correlatos para sua implementação, bem como existirem remédios jurídicos constitucionais que exijam suas concretizações. Tais direitos detêm, portanto, positividade, normatividade e justiciabilidade. Nessa linha, entende-se que as normas programáticas são dotadas de positividade jurídica, que segundo o autor:

essa positividade é dotada de eficácia vinculativa na medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por último, vinculação negativa dos

poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade (CANOTILHO, 2002, p.90).

A aplicabilidade imediata obriga que as normas de direitos fundamentais sejam efetivadas pelos Poderes Públicos, independente de intervenção legislativa, ou seja, a Administração e o Judiciário estão obrigados a concretizá-las. Quando se trata da atuação judicial, o assunto relaciona-se com a questão da integração da norma pelo juiz, ou ativismo judicial. Isso porque, constituindo o direito fundamental norma aberta, de caráter princiológico, a sua aplicação prática enseja a integração pelo julgador. Há, portanto, uma séria questão envolvendo os limites da integração prática da norma pelo juiz, em cotejo com a separação de poderes e até mesmo com a discricionariedade administrativa quanto à execução de políticas públicas.

Ao entender-se que toda e qualquer norma de direito fundamental tem a característica da aplicabilidade imediata, é inegável que o juiz agirá como elemento integrador na realidade concreta, esta muita mais rica e complexa do que a previsão abstrata da norma. As críticas norteiam-se por um conceito estrito de uma separação rígida de poderes, que na prática não se observa, ao atribuir ao juiz conduta de estar assumindo o papel de legislador.

Em sua atividade integradora, quando da aplicação de direitos fundamentais, não há que se falar em transformação do juiz em legislador. Atente-se que, quando o julgador profere uma decisão integratória, ele não está legislando ante a ausência dos atributos básicos da lei: generalidade, abstração e universalidade. A decisão do juiz refere-se a um caso concreto a ele submetido.

Ademais, nunca é excessivo lembrar que as decisões judiciais são objetos de inúmeros controles: contraditório, ampla defesa, bem como eventuais recursos cabíveis. Assim é quase impossível que decisão judicial quanto à matéria de direitos fundamentais revista-se de arbitrariedade.

Oportuno realçar, também, que a decisão judicial integradora do direito fundamental não pode inovar a ordem jurídica. Embora se deva extrair da norma o máximo possível de significados, não é dado ao aplicador criar situações não albergadas pela norma. Dessa forma, o julgador utiliza-se de elementos não textuais para integração da norma. Nesse sentido, afigurando-se uma norma de direito fundamental de conteúdo aberto, cuja pormenorização não foi levada a efeito pelo legislador ordinário, ante a disposição do § 1º do art. 5º, o juiz está legitimado a utilizar-se das diversas técnicas interpretativas que lhe permitam extrair o significado da norma.

Há que se atentar também que, além dos controles das partes envolvidas e dos recursos processuais, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, obrigando o julgador a pormenorizar as razões do seu convencimento. Assim sendo, o juiz terá que

demonstrar em que se baseou sua decisão, a qual não poderá prescindir da razoabilidade, para ser considerada válida. No dizer de Moro(2001):

O desenvolvimento e a efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade. Se assim o fizer, não se coloca em questão o argumento democrático. Este exige apenas, conforme visto, a reserva de consistência (MORO, 2001, p.89).

Em outra mão, o Juiz, ao proferir decisão integradora da lacuna legislativa, não se suprime de fazê-lo, respeitando os demais direitos constitucionalmente assegurados, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, bem como violar a garantia essencial de direitos eventualmente colidentes.

Vê-se, dessa forma, que à atuação judicial impõe-se uma série de limites, os quais impedem que seja ultrapassada a discricionariedade, aberta pelo legislador constitucional ao tratar de direitos fundamentais. A par dos limites que são impostos à decisão judicial integradora, deve ser observado o limite mínimo do conteúdo do direito fundamental que a Constituição consagrou ao indivíduo. Tal limite mínimo adstringe-se à dignidade humana e ao mínimo vital.

No que tange à questão da discricionariedade administrativa para dar execução a políticas públicas, há diversas considerações que merecem ser levadas em conta. Em primeiro lugar, há que se considerar os diversos princípios constitucionais a que se submete a Administração Pública. Segundo o art. 37 da Carta, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Afigura-se inegável que a Administração Pública se submete aos ditames constitucionais, incluída a máxima efetividade que Carta Constitucional deferiu aos direitos fundamentais.

Nesses lindes, o Poder Executivo submete-se aos ditames estabelecidos pela Constituição de 1988. Nessa linha, até mesmo a alocação de recursos financeiros mediante o orçamento público deverá ser compatibilizada com a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais, além de qualquer outra atividade desenvolvida pela Administração Pública. Trata-se de dever jurídico imposto à Administração, cujo descumprimento é passível de ensejar o controle jurisdicional, mediante os remédios estabelecidos pelas leis e pela Constituição. (BONTEMPO, 2005).

Dessa forma, a discricionariedade administrativa encontra limites nos objetivos consagrados pela própria Constituição Federal. Considerando-se que os direitos fundamentais constituem vetor de realização da dignidade humana, a atividade administrativa há que se pautar na concretização desses direitos. Quando atuar de forma diferente, será passível de correção pelas vias judiciais.

Com efeito, oportuno ressaltar o conceito de discricionariedade para Bandeira de Mello (1998):

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 1998, p.48)

Conclui-se, dessa forma, que a discricionariedade para execução de políticas públicas tendentes a realizar direitos fundamentais cabíveis ao administrador é mínima. Dessa maneira, a Administração pode decidir a forma pela qual as políticas serão executadas, mas nunca se tais políticas serão realizadas ou não.

No que toca ao tema, cumpre trazer à baila a lição de Frischeisen (2000), no sentido de que:

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece não só os direitos sociais (arts. 6º e 7º em especial), mas também, as linhas gerais (políticas públicas) pelas quais os administradores devem se pautar para garantir o efetivo exercício de tais direitos (as normas constitucionais da ordem social). (...) Nesse contexto constitucional, que implica também a renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização, e sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer (FRISCHEINSEN, 2000, P.58-59)

Portanto, outra conclusão não resta senão a de que a supremacia da Constituição obriga o Poder Executivo a realizar as políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais albergados pela ordem constitucional.

4 Manifestações do STF

O STF, em suas decisões, de forma geral, tem deferido aos direitos e garantias fundamentais a aplicação imediata, o que fez de forma expressa, quando do julgamento do RE 136.753 (impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família), bem como por ocasião do julgamento da Extradicação 986, e do MI 712 – Direito de Greve dos Servidores Públicos.

Assim, a título exemplificativo, o Pretório Excelso tem dado o mesmo entendimento com relação ao direito de igualdade, por ocasião dos seguintes julgamentos: MI 58; RE-AgR 345.598; HC 95.009; MS 26.690 e RE 590.409.

Da mesma forma o STF tem se pronunciado em relação a diversos outros direitos fundamentais, tais como: à intimidade (HC 71.373), à liberdade de expressão (RE 460.880), à inviolabilidade do domicílio (ADPF 130), ao direito de o estrangeiro impetrar habeas corpus (HC 72391-QO), ao direito de os presos terem preservadas suas integridades físicas (MS

25382), à razoável duração do processo (HC 91986), à saúde (STA-Agr 171), bem como à educação (RE 163231).

No que tange a direitos configuradores de prestações positivas do Estado, tais como os direitos sociais e econômicos, o STF, por ocasião do julgamento do RE-AgR 436.996, no qual se discutia o direito à educação, manifestou-se nos seguintes termos:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...]

Embora resida, **primariamente**, nos Poderes Legislativo e Executivo, **a prerrogativa** de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível**, no entanto, **ao Poder Judiciário**, determinar, **ainda** que em bases excepcionais, **especialmente** nas hipóteses de políticas públicas **definidas pela própria** Constituição, **sejam estas implementadas** pelos órgãos estatais inadimplentes, **cujas omissões** - por importar **em descumprimento** dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - **mostra-se apta a comprometer** a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais **impregnados** de estatura constitucional. [negrito conforme original]. (RE 436.996)

Vê-se, assim, que a Corte Constitucional inclina-se a reconhecer a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais de forma geral. Quando se trata de direitos que impliquem numa prestação do Estado, embora com ressalvas, também o STF tem admitido que o particular possa recorrer ao Judiciário diante de situações configuradoras de lesão.

5 Correntes Doutrinárias

Muito embora o enunciado contido no § 1º do art. 5º da Constituição pareça, à primeira vista, conciso e cristalino, seu alcance e significado ainda suscitam diversas dúvidas, sendo objeto de inúmeras discussões.

A despeito dos questionamentos que a aplicabilidade imediata tem provocado, entende-se que a Constituição Federal impõe um respeito aos direitos e garantias fundamentais no momento presente. É consenso também que a aplicabilidade imediata leva ao fato de que os direitos e garantias fundamentais não dependem necessariamente da atuação do Legislativo ou do Executivo. A questão que se coloca é saber se em toda e qualquer circunstância e em que medida se aplica o enunciado constante do § 1º do art. 5º da Carta Constitucional. Há diversos posicionamentos relativos ao assunto.

Ferreira Filho (1998) entende que o mencionado § 1º do art. 5º da CF não tem o condão de alterar a “natureza” das coisas, ou seja, que nem toda norma de direito fundamental tem aplicabilidade imediata. O constitucionalista embasa seu entendimento na previsão normativa do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e na ADIN por omissão (art. 103, § 2º). Tais

remédios jurídicos constituiriam sintomas de que o constituinte originário já previa que dados direitos fundamentais iriam depender de normatização ordinária.

Nessa linha, para Ferreira Filho (1988), afigura-se impraticável conferir-se aplicabilidade imediata a normas constitucionais que dependam de regulamentação da lei ordinária. Para ele, há normas constitucionais que não são auto-aplicáveis, motivo pelo qual o próprio constituinte inseriu os mecanismos para suprir as omissões legislativas – o Mandado de Injunção e a ADIN por omissão. Assim, o doutrinador distingue as normas autoexecutáveis em duas categorias: “bastantes em si” e “não bastantes em si”.

Em sua argumentação, Ferreira Filho (1988) defende que somente teriam aplicação imediata normas completas, que se bastam. Nessa linha, a função do § 1º do art. 5º seria, em conjunto com o Mandado de Injunção e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, “impedir que os direitos fundamentais permaneçam letra morta no texto da Constituição”.

Já a interpretação proposta por Eros Grau (1997) sugere que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, independentemente da atuação legislativa ou administrativa. Tal interpretação atribui ao § 1º do artigo 5º da Constituição força máxima. Deste modo, as normas configuradoras de direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata exequibilidade e máximo alcance, a despeito de eventual existência de qualquer lacuna ou até mesmo de referência a uma complementação legislativa. Para o doutrinador:

O dever de aplicação imediata autoriza o Poder Judiciário a suprir, no caso concreto, lacunas (falta de norma legislativa ou medida administrativa) que obstaculizam a exequibilidade imediata de direito ou garantia fundamental; autoriza o Poder Judiciário a ‘inovar o ordenamento jurídico’, a ‘produzir direito’, se necessário for (GRAU, 1997, p. 312-324).

Em outra mão, numa interpretação que se localiza em um meio termo, Celso Ribeiro Bastos (1989) entende que as normas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, na medida do possível. Nesse sentido, a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais seria a regra, que teria duas exceções: a) quando a própria Constituição prever a complementação legislativa; b) no caso de a aplicação imediata da garantia importar em transformar o juiz em legislador (BASTOS, 1989, p.392-393).

Acompanhando essa última posição, Silva (1998. p.165) entende que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata até onde possam, o que significa dizer que, são efetivos desde que as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Nas palavras do doutrinador:

A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a

aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma legislação integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais (SILVA, 1996, p.178-179).

Outra posição é a defendida por Sarlet (1998, p.49), para quem os termos do preceito do § 1º do art. 5º contêm norma de caráter principiológico, ou seja, trata-se de princípio cuja aplicação pressupõe um mandado de otimização. Para ele, aos Poderes Públicos é dado atribuir a máxima eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais, visto que o § 1º do art. 5º contém uma presunção de aplicabilidade imediata que somente poderá ser afastada na hipótese de expressa justificativa para tal. Para Sarlet:

(...) os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (...) não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha (SARLET, 1998, p.49).

Sarlet (1998) adota a concepção de princípio constitucional como mandado de otimização, nos termos defendidos por Robert Alexy, e tenta conciliar duas visões que parecem contraditórias: a de que o § 1º do art. 5º obriga que as normas de direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata, e a de que ditas normas são aplicadas obedecendo-se a uma graduação, em virtude das características específicas de que se reveste cada direito ou garantia fundamental.

Na concepção brasileira, em termos dogmáticos, o dispositivo do § 1º do art. 5º leva ao entendimento de que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não são meras normas programáticas ou que originam outras normas, ao contrário, geram direitos subjetivos, concretos e autônomos de aplicação direta. Nessa linha, configuram normas de aplicação atual, independem de critérios de oportunidade e conveniência dos Poderes Públicos. Ademais, constituem normas de estatura superior, por se derivarem da própria Constituição, isto é, contam com a vinculação inafastável e imediata dos Poderes Públicos.

Dessa forma, remanesce o seguinte questionamento: diante do § 1º do art. 5º da CF/88, toda e qualquer norma de direito fundamental tem aplicação imediata sempre e em qualquer situação?

A resposta a essa questão depende de uma determinada análise da conjuntura jurídico-constitucional. Assim, há que se atentar para a norma do inciso LXXI do art. 5º da Carta, a qual apregoa caber o Mandado de Injunção ante a falta de norma regulamentadora passível de tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Outra questão é atinente à previsão constitucional do § 2º do art. 103, que prevê a ADIN por omissão.

Ambos os dispositivos, tanto o Mandado de Injunção quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão levam o intérprete a crer que a própria Constituição brasileira previu a hipótese de normas configuradoras de direitos e garantias fundamentais não serem passíveis de ser concretizadas de forma imediata. Ademais, há normas cuja plenitude de efeitos depende necessariamente de atuação legislativa.

Ressalte-se, entretanto, que, ainda que se trate de preceito de direito fundamental que requeira intervenção legislativa ou condições materiais mínimas, isso não significa que nessa hipótese não incida a aplicabilidade imediata, a qual continua passível de ser invocada para diversas finalidades, entre as quais: declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, anular ato administrativo, bem como anular ou reformar decisão judicial em desacordo com o preceito.

Nessa linha, outra não pode ser a interpretação senão aquela que reza que toda norma de direito constitucional tem eficácia, variando apenas o grau de eficácia.

Acorde com essa interpretação há uma teoria bastante interessante, que entende que todos os direitos fundamentais são constituídos de “feixes de posição”. Para tal teoria, há o direito fundamental completo (ALEXY, 2008)), constituído de diversas posições jurídicas ou “feixes”. Significa dizer que, muito embora determinada posição relativa de um direito fundamental dependa necessariamente de intervenção legislativa, outras posições jurídicas do mesmo direito fundamental são passíveis de contar com a aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, a aplicabilidade imediata garante que dada ou dadas posições jurídicas que constituem um direito fundamental sejam concretizadas na atualidade, o que não contradiz a aceção que admite a hipótese de uma outra posição jurídica do mesmo direito não contar com a aplicação imediata por depender de intervenção legislativa. Assim, todos os direitos e garantias fundamentais contam com aplicabilidade imediata ao menos de algumas posições jurídicas, sendo que a aplicabilidade total do direito, com efeito pleno, às vezes dependerá da lei regulamentadora.

Há que se considerar, ainda, que na aplicação dos direitos fundamentais há sempre um juízo de ponderação, ou seja, no dizer de ALEXY (2008):

Os direitos fundamentais, todos eles, quando constitucionalmente consagrados são, por natureza, immanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da

forma e força constitucional que lhes são atribuídas, eles podem ceder perante a maior força ou peso que apresentam, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário (ALEXY, 2008, p.248-253).

Exemplo concreto bastante emblemático é a colisão que normalmente se observa entre o direito fundamental à intimidade em contraposição à liberdade de expressão. Muito embora o primeiro configure norma de direito fundamental, cuja aplicabilidade imediata é garantida pela própria Constituição Federal, sua aplicação é restringida pelo âmbito de aplicação do direito à intimidade, em um juízo de ponderação.

6 Conclusão

O tema objeto do estudo apresentou-se fascinante e ao mesmo tempo árduo. Apaixonante como é sempre o estudo dos direitos fundamentais, decorrência direta do postulado da dignidade humana. Em outra mão, entender-se o alcance e significado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais afigurou-se penoso diante das diversas circunstâncias que envolvem o tema, bem como ante a diversidade de posições da doutrina constitucional.

Estudar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é antes de tudo entender seu alcance e significado na ordem jurídica e na vida prática. Deste modo, faz-se necessário estudar a aptidão que têm os direitos fundamentais de produzir efeitos na vida prática, mudar a realidade fática, conferir-lhes efetividade.

Com efeito, tal postulado foi instituído ante o temor de incorrer-se em uma neutralização dos direitos fundamentais, caso não se atribuísse a eles a máxima efetividade possível, a exemplo do que ocorreu na República da Alemanha, à época da Constituição nazista. À época, entendeu-se que os direitos fundamentais dependiam da regulamentação do legislador ordinário, que da forma como se encontravam no texto constitucional não tinham qualquer aptidão para produzir efeitos.

Por outro lado, não podem ser desconsiderados diversos fatores que intervêm para que se dê máxima efetividade possível aos direitos fundamentais, tantos jurídicos quanto fáticos. Sem excluir muitos outros possíveis entraves, há que ser harmonizada a aplicabilidade imediata com a separação de poderes, a discricionariedade administrativa, os escassos recursos públicos disponíveis.

Entre as posições doutrinárias que enfrentaram o assunto, há as correntes mais restritivas, que entendem que o postulado contido no § 1º do art. 5º somente se aplica “na medida do possível”, posição defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988). Para o doutrinador, quando da concretude da aplicabilidade imediata, há que ser respeitada a “natureza das coisas”, ou seja, na sua linha de pensamento, o dispositivo deve ser aplicado na medida do possível.

A par da corrente mais restritiva, Eros Grau (1997) defende que os direitos fundamentais detêm aplicabilidade imediata em toda e qualquer situação, sem exceções, ou seja, o dispositivo do § 1º do art. 5º tem força máxima. Assim, os direitos fundamentais detêm a máxima efetividade e independem da intervenção legislativa ou do Poder Executivo para produzir efeitos. O julgador tem o dever de concretizar o direito fundamental quando decidir casos concretos a ele submetidos.

Um pensamento mais intermediário, defendido por Sarlet (1998), apregoa ser a aplicabilidade um princípio e, como tal, seria de aplicação modulada, ou seja, seus efeitos seriam aplicados segundo as regras aplicáveis aos princípios, na medida do possível, não segundo uma regra do tudo ou nada.

Na visão de Sarlet (1998), os direitos fundamentais devem ser efetivados na máxima medida possível, somente sendo possível aferir o grau de concretização examinando-se cada caso concreto. Não se faz possível, *a priori*, estabelecer que dado direito fundamental seja aplicável, de imediato, em todos os seus possíveis efeitos.

No tocante à posição do STF quanto ao tema, há diversos julgados que refletem sua posição, que tem sido a de dar a aplicabilidade imediata aos princípios fundamentais. Quando se trata de direitos fundamentais, dentre outros, a igualdade, a integridade física do preso, à duração razoável do processo, o Pretório Excelso tem lhes dado máxima efetividade.

Até mesmo no caso de julgados envolvendo os direitos fundamentais denominados “prestacionais”, que abrangem uma posição ativa do ente Estatal, como, a título exemplificativo, o direito à saúde, o STF tem entendido que cabe ao Judiciário conferir-lhe a máxima efetividade possível, determinando, em diversas decisões, que o Estado arque com tratamentos de saúde de pessoas hipossuficientes economicamente.

Nessas hipóteses envolvendo políticas públicas, há o entendimento doutrinário e do STF de que o grau de discricionariedade do ente estatal para instituir políticas públicas é mínimo. Nessa linha, muito embora a Administração, quando no exercício do seu poder discricionário na execução de políticas públicas tenha certa margem de escolha discricionária entre uma política e outra, não tem, em outra mão, a opção de simplesmente não adotar qualquer política pública que seja realizadora de direito fundamental.

Dessa forma, alinhando-se à posição defendida por Sarlet (2008), o estudo conclui que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se constitui em um princípio e que, portanto, deve ser efetivado na maior medida possível, à luz de cada caso concreto. Tal interpretação não se coaduna com uma regra de tudo ou nada, como os demais princípios devem ser concretizados segundo um mandado de otimização.

Nessa linha, cabe ao intérprete, em cada caso concreto, atribuir ao direito fundamental a máxima efetividade possível. No entanto, como se trata de um exercício de hermenêutica, a

compatibilização do princípio deve ser feita com escopo em argumentos de ordem lógica e racional.

Dessa forma, o escopo inicial do estudo, de lançar um novo olhar sobre tema tão fascinante e complexo foi alcançado, com as principais posições doutrinárias acerca do assunto, bem como com a forma como a Corte Constitucional tem tratado o tema.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v.2.. São Paulo: Saraiva, 1989,

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicação Imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.29, p.35-45, jun.1988.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, n.57/58, 1981.

MORO, Sergio. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. [s/l]: [s/ed] 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **RE 136.753**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13/02/1997, *DJ* de 25/04/1997.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **Ext 986**, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15/08/2007, *DJ* de 05/10/2007.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **MI 712**, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25/10/2007, *DJ* de 31/10/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **MI 58**, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14/12/1990, *DJ* de 19/04/1991;

BRASIL, STF (Primeira Turma), **RE-AgR 345.598**, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29/06/2005, *DJ* de 19/08/2005;

BRASIL, STF (Segunda Turma), **HC 95.009**, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 06/11/2008, *DJe* de 19/12/2008;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **MS 26.690**, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 03/09/2008, *DJe* de 19/12/2008;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **RE 590.409**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/08/2009, Informativo STF n. 557.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **HC 71.373**, rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgamento em 10/11/1994, *DJ* de 22/11/1996.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **ADPF 130**, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30/04/2009, *DJe* de 06/11/2009.

BRASIL, STF (Primeira Turma), **RE 460.880**, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25/09/2007, *DJe* de 29/02/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **HC 72.391-QO**, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 08/03/1995, *DJ* de 17/03/1995.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **MS 25.382**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15/02/2006, *DJ* de 31/03/2006.

BRASIL, STF (Primeira Turma), **HC 91.986**, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11/09/2007, *DJ* de 31/10/2007;

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **STA-Agr 171**, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 12/12/2007, publicação em 29/02/2008.

BRASIL, STF (Tribunal Pleno), **RE 163.231**, rel. Maurício Corrêa, julgamento em 26/02/1997, *DJ* de 29/06/2001.

BRASIL, STF (Segunda Turma), **RE 436.996 SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento em 26/10/2005, *DJ* de 07/11/2005.

Artigo recebido em: 13/04/2012

Artigo aceito para publicação em: 25/05/2012