

EOS



ISSN 1980—7430

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. I – Nº 4 – ANO III

DOM
BOSCO

A Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 Anos de Obscuridade nas Brumas do Senso Comum Teórico

Daniel Wunder Hachem

Acadêmico do 5º ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Presidente do Centro Acadêmico Hugo Simas (2007/2008).

1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais nos ordenamentos constitucionais contemporâneos. 3 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a Constituição brasileira de 1988. 4 Aplicabilidade dos direitos fundamentais e dependência de regulamentação infraconstitucional. 4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. 4.2 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. 4.3 Mediações concretizadoras e regulamentação do exercício de direitos fundamentais. 5 Considerações finais. 6 Referências.

Resumo

O constituinte de 1988 inseriu no art. 5º, §1º da Lei Fundamental um inovador e importante dispositivo, estabelecendo que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Contudo, nos últimos vinte anos, as interpretações doutrinárias conferidas a essa disposição constitucional foram múltiplas, havendo, de um lado, uma indiferença quanto às especificidades dos direitos fundamentais, engendrando acentuadas confusões com a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais em geral e, de outro, equivocadas associações automáticas entre determinado grau de aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais e a classificação de tais direitos como direitos de defesa e direitos a prestações. O presente estudo consiste numa breve investigação acerca do significado e alcance do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, insculpido no art. 5º, §1º da CF. Problematicando a polêmica discussão acerca da aplicabilidade de tais direitos, buscar-se-á demonstrar que todos os direitos fundamentais podem demandar regulamentação

infraconstitucional para produzirem seus efeitos, não se restringindo aos direitos fundamentais prestacionais, ou aos direitos previstos em normas constitucionais entendidas como normas de “eficácia limitada”, como pretende grande parte da doutrina. No entanto, isso não significa dizer que esse processo de densificação das disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais que detêm um caráter abstrato tenha de ser necessariamente realizado através da expedição de normas pelo legislador e pela Administração Pública. Pelo contrário, por força do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a sua concretização constitui um dever dirigido a todos os órgãos do Estado, inclusive ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Aplicabilidade imediata; Constituição Federal de 1988

Resumen

El constituyente de 1988 insertó en el artículo 5º, §1º de la Carta Mayor un innovador e importante dispositivo, estableciendo que “Las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicabilidad inmediata”. Sin embargo, en los últimos veinte años, las interpretaciones doctrinarias dadas a este dispositivo constitucional fueron variadas, teniendo de un lado, una indiferencia respecto a las particularidades de los derechos fundamentales, engendrando acentuadas confusiones con la teoría de la aplicabilidad de las normas constitucionales en general, y de otro lado, equivocadas asociaciones automáticas entre determinado grado de aplicabilidad de las normas que definen derechos fundamentales y la clasificación de tales derechos como derechos de defensa y derechos a prestaciones. El presente estudio consiste en una breve investigación acerca del significado y alcance del principio de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, dispuesto en el artículo 5º, §1º de la Constitución Federal. Problematizando la polémica discusión acerca de la aplicabilidad de tales derechos se buscará demostrar que todos los derechos fundamentales pueden demandar regulación infra-constitucional para producir sus efectos, no restringiéndose a los derechos fundamentales prestacionales, o a los derechos previstos en normas constitucionales entendidas como normas de “eficacia limitada”, como pretende gran parte de la doctrina. Todavía, eso no significa que ese proceso de densificación de las disposiciones constitucionales que definen derechos fundamentales y detienen un carácter abstracto tenga de ser necesariamente realizado a través de la expedición de normas por el legislador y por la Administración Pública. Por el contrario, debido al principio de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, su concretización constituye un deber dirigido a todos los órganos del Estado, incluso al Poder Judicial.

Palabras-clave: Derechos fundamentales; Aplicabilidad inmediata; Constitución Federal de 1988

1 Introdução

Os direitos fundamentais, em que pese tenham assumido um papel de primordial relevância nos Estados contemporâneos, recebendo atenção reforçada pelo constituinte brasileiro de 1988¹, não conseguiram alcançar de forma satisfatória a sua efetividade². Conquanto não se possa deixar de reconhecer os significativos avanços perpetrados pela doutrina e jurisprudência pátrias nesta seara, é preciso reconhecer que a impossibilidade do exercício de determinados direitos estabelecidos pela Constituição constitui um sério problema na realidade brasileira, ocasionado pela omissão do Poder Público em implementar a sua regulamentação mediante atos administrativos e legislação infraconstitucional.

Ocorre que, a despeito de a regulamentação infraconstitucional ser muitas vezes imprescindível à produção dos efeitos dos direitos fundamentais, o legislador constituinte de 1988 inseriu na Lei Fundamental um inovador e importante dispositivo, estabelecendo que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”³. Contudo, nos últimos vinte anos, as interpretações doutrinárias conferidas a essa disposição constitucional foram múltiplas⁴, havendo, de um lado, uma indiferença quanto às especificidades dos direitos fundamentais, engendrando acentuadas confusões com a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais em geral (mormente com base na classificação proposta por José Afonso da Silva⁵) e, de outro, equivocadas associações automáticas entre determinado grau de aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais e a classificação de tais direitos como direitos de defesa e direitos a prestações.

A partir de tais concepções, parcela da doutrina defendeu que em matéria de direitos fundamentais as normas constitucionais independiam de qualquer processo de concretização⁶, podendo ser diretamente aplicadas. Outros autores,

¹De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, ao referir-se ao cuidado do constituinte de 1988 para com os direitos fundamentais, “é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 73.

²Reflexo desse quadro revela-se na afirmação já clássica de Norberto Bobbio, ao assinalar que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

³Art. 5º, §1º da CF.

⁴Conforme se verificará no tópico 4.2.

⁵A ser apresentada no tópico 4.1.

⁶Na conceituação de J. J. Gomes Canotilho: “A concretização seria a «densificação», ou «processo de densificação» de normas ou regras de grande «abertura» – princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas – de forma a possibilitar a solução de um problema. Através da «especificação» de soluções ou da «tipicização» de regras jurídicas e movendo-se num certo espaço de «discrecionalidade concretizadora», o juiz «clarificaria», de forma «produtiva» e «criadora», o sentido material dos preceitos abstractos na aplicação ao caso concreto”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 321-322.

diferentemente, associaram a modalidade de eficácia plena às normas definidoras de direitos fundamentais de defesa, garantidores de liberdades individuais, ligando a modalidade de eficácia limitada aos direitos fundamentais a prestações positivas, que exigem um agir estatal – subordinando a produção dos efeitos desses últimos a uma regulamentação normativa elaborada pelos Poderes Legislativo ou Executivo. Essas interpretações acabaram por gerar uma obscuridade na teoria dos direitos fundamentais, suscitando temerárias dúvidas, tais como: se todos os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, elemento que compõe o seu regime jurídico especial, por que razão a natureza prestacional seria capaz de tolher a sua aplicação direta? Ou ainda: como seria possível dizer que todos os direitos fundamentais podem ser diretamente aplicados, se há situações em que a especificação da forma como será exercitado o direito é realmente imprescindível para a fruição dos seus efeitos?

Com vistas a essa névoa instaurada na dogmática dos direitos fundamentais brasileira, a presente pesquisa consiste numa investigação acerca do significado e alcance do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, insculpido no art. 5º, §1º da CF. Problematizando a polêmica discussão acerca da aplicabilidade de tais direitos, buscar-se-á demonstrar que todos os direitos fundamentais podem demandar regulamentação infraconstitucional para produzirem seus efeitos, não se restringindo aos direitos fundamentais prestacionais, ou aos direitos previstos em normas constitucionais entendidas como normas de “eficácia limitada”, como pretende grande parte da doutrina. O que não significa dizer que esse processo de densificação das disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais que detêm um caráter abstrato tenha de ser necessariamente realizado através da expedição de normas pelo legislador e pela Administração Pública; pelo contrário, a sua concretização constitui um dever dirigido a todos os órgãos do Estado, inclusive ao Poder Judiciário⁷.

Para tanto, faz-se mister, preambularmente, observar atentamente o panorama em que se situa a problemática da inefetividade dos direitos fundamentais em face das omissões estatais, de modo a identificar os contornos da situação-problema de direito material para possibilitar uma interpretação adequada do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sempre comprometida com a realização prática de tais direitos. Em um segundo momento, após pontuar as peculiaridades dos direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro, adentrar-se-á no tema

⁷Isso porque os direitos fundamentais incidem diretamente sobre o Estado, gerando um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz; sobre o magistrado, portanto, recai também o dever de proteger os direitos fundamentais, prestando tutela àqueles que não forem protegidos pelo legislador ou pelo administrador. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 81.

específico da eficácia das normas constitucionais, buscando os aspectos identificadores do regime jurídico reforçado conferido aos direitos fundamentais pelo princípio da aplicabilidade imediata. Finalmente, será trazida à baila a discussão acerca das mediações concretizadoras necessárias à efetivação dos direitos fundamentais e da forma como o Estado deve empreendê-las para assegurar a sua realização plena.

2 Os direitos fundamentais nos ordenamentos constitucionais contemporâneos

As Cartas Constitucionais dos Estados Democráticos contemporâneos, além de organizar o exercício do poder político estatal⁸, definem os direitos fundamentais dos cidadãos⁹. Tais direitos nascem em determinadas circunstâncias históricas, marcadas por “lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, (...) de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”¹⁰.

Embora tenham sofrido a influência das doutrinas jusnaturalistas surgidas a partir do século XVI¹¹, a origem dos direitos fundamentais tal como são conhecidos nos dias atuais deita raízes nos processos revolucionários do século XVIII¹². O seu reconhecimento na esfera do direito positivo deu-se a partir dos documentos normativos expressos na forma de declarações de direitos, tais como a *Bill of Rights* de 1776 e a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto das conquistas obtidas pelos burgueses com a Revolução Francesa¹³.

O processo de absorção dos direitos plasmados nessas declarações pelas Constituições dos Estados modernos significou uma ampliação da sua proteção no âmbito interno. Os primeiros direitos recepcionados pelas declarações ao longo do século XVIII, e conseqüentemente pelas Constituições promulgadas desde então, foram os chamados direitos individuais de liberdade ou direitos de defesa¹⁴, assim

⁸“Historicamente, mesmo antes de sua formulação sistematizada em um documento escrito, estes eram os únicos aspectos versados nas leis de natureza constitucional. A constituição compunha-se, tão-somente, de elementos orgânicos. Não foi senão após a Revolução Francesa que a elas se incorporou um elemento novo: os direitos fundamentais”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 91.

⁹FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 52.

¹⁰BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 44.

¹²Aduz Antonio Enrique Pérez Luño que o termo “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*) surge na França nos idos de 1770, em meio ao movimento político e cultural que rendeu ensejo à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Cf. LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 29.

¹³Sobre a formação e evolução histórica dos direitos fundamentais, ver LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Op. cit.*, p. 29-43 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 44-52.

¹⁴ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 165.

considerados aqueles que, para a sua realização, demandam uma abstenção, um não-agir estatal, uma não-ingerência na esfera individual do seu titular, ditos direitos de primeira geração¹⁵, produto do pensamento liberal-burguês.

Já no desenrolar no século XIX, com as conseqüências da industrialização, caracterizada por graves problemas econômicos e sociais, somadas à percepção de que a liberdade e igualdade concebidas sob um ponto de vista formal eram insuficientes para o gozo efetivo dos direitos¹⁶, o Estado sofre uma reconfiguração, passando-se de um modelo Liberal para o modelo de Estado Social¹⁷. Nesse período, surgem movimentos reivindicatórios de novos direitos, que se convencionou denominar de direitos fundamentais de segunda geração, direitos sociais¹⁸ ou direitos a prestações¹⁹, os quais requerem ações positivas dos Poderes Públicos para a sua satisfação, incumbindo ao Estado a função de propiciar aos cidadãos condições materiais que lhes permitam exercer efetivamente as liberdades fundamentais²⁰.

Com o passar dos anos e com o aumento da complexidade entre as relações humanas e as relações do homem com a natureza, no fim do século XX começam a ser reconhecidos direitos fundamentais cuja titularidade não recai sobre o indivíduo, mas sim sobre uma coletividade, tais como os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e ao meio-ambiente²¹. São os chamados direitos de terceira geração, ou direitos de fraternidade ou de solidariedade²².

Contemporaneamente, a referência às gerações ou dimensões de direitos²³ tem função meramente histórica (relativa ao momento de surgimento de determinados

¹⁵“Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55.

¹⁷Sobre a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, ver BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, *passim*.

¹⁸“Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o homem para além de sua condição individual”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 97.

¹⁹ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 171.

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 204. Fazendo uma contraposição entre a primeira e a segunda geração ou dimensão de direitos, aduz Flávia Piovesan: “Frise-se que, enquanto os direitos clássicos do Liberalismo eram direitos à proteção e à limitação jurídica do poder, os direitos sociais são direitos à promoção, direitos que apontam à organização da solidariedade. Se no Estado liberal buscava-se fazer valer direitos contra o Poder Público, no Estado Social insurgem-se direitos ante o Poder Público”. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 36.

²¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

²²SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 56.

²³Há ainda parcela da doutrina que menciona uma quarta geração de direitos fundamentais, à qual estariam relacionados direitos como o direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

direitos) e didática, não devendo ser compreendida como alusão à substituição de uma geração por outra, haja vista a relação de complementaridade entre todos os direitos, que de modo gradual e cumulativo passaram a ser reconhecidos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais²⁴. O que importa ressaltar é o papel de centralidade e primordial relevância dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito.

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a “história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional”, uma vez que a essência e a razão de ser desse modelo estatal encontra-se exatamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais²⁵. Paralelamente à forma de Estado, ao sistema de governo e à organização do poder, os direitos fundamentais compõem o cerne do Estado Constitucional, configurando não somente parte da Constituição formal, “mas também elemento nuclear da Constituição material”²⁶.

Tal importância conferida aos direitos fundamentais justifica-se pelo fato de representarem o conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade²⁷, revestidas da máxima normatividade de que gozam as disposições constitucionais. Vale dizer, os direitos fundamentais constituem “os pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”²⁸, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Eles imprimem a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar metas, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial²⁹.

Assim, os direitos fundamentais, por constituírem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico se orientará no sentido da promoção da dignidade da pessoa humana³⁰, desencadeiam uma eficácia dirigente sobre todos os órgãos do Poder Público, fazendo espargir uma ordem dirigida ao Estado como um todo, incumbindo-lhe a obrigação constante de realizá-los em sua máxima potencialidade³¹.

²⁴Para uma crítica à utilização do termo “geração” de direitos fundamentais, por suscitar a falsa impressão da substituição paulatina de uma geração por outra, sugerindo a substituição pela expressão “dimensão”, de modo a ilustrar o caráter de complementaridade de tais direitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-54. No mesmo influxo, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571-572.

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 42.

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 67.

²⁷LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Op. cit.*, p. 21-22.

²⁸LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Idem*, p. 21.

²⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 68 e 70.

³⁰LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 20-21.

³¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 163.

Nesse contexto, os direitos fundamentais podem ser considerados a partir de duas perspectivas distintas: uma subjetiva, referente à posição jurídica subjetiva assumida pelo titular do direito, que pode ser reclamada em juízo; e outra objetiva, concernente ao sistema axiológico por eles composto, que funciona como fundamento material da ordem jurídica³², espraiando seus efeitos sobre todo o ordenamento. A perspectiva objetiva³³ dos direitos fundamentais exsurge da constatação de que, além de impor determinadas prestações positivas e negativas aos poderes estatais e à sociedade, eles consagram os principais valores em uma comunidade política³⁴, irradiando seus efeitos para todas as direções do sistema jurídico e deixando de constituir meros limites ao agir estatal para se transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário.

No que diz respeito à perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais ensejam ao seu titular a possibilidade de postular judicialmente a sua tutela em face do destinatário, formando-se uma relação trilateral entre o titular, o objeto (prestação) e o destinatário do direito³⁵. Contudo, insta consignar que os direitos fundamentais subjetivos comportam um leque de variações no tocante ao seu grau de exigibilidade judicial, levando em consideração a sua função, seu conteúdo e sua forma de positivação, tema sobre o qual doravante se passará a debruçar.

3 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a Constituição brasileira de 1988

Na visão de Robert Alexy, os direitos fundamentais devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, é preciso observar cada direito fundamental enquanto um “direito fundamental como um todo”³⁶. O autor parte da premissa de que os direitos fundamentais são multifuncionais³⁷, não se podendo

³²SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 70.

³³Prefere-se aqui o termo “perspectiva objetiva” à expressão “dimensão objetiva”, para que não haja confusão com o termo “dimensão de direitos fundamentais” utilizado por Ingo Sarlet e Paulo Bonavides como substitutivo da expressão “gerações de direitos fundamentais”.

³⁴SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64-65.

³⁵Luís Roberto Barroso, asseverando ser válida a aplicação da categoria “direito subjetivo” aos direitos previstos constitucionalmente, assinala as características essenciais do direito subjetivo: “a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 74.

³⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 214.

³⁷Tal aspecto é ressaltado por Ingo Sarlet, ao mencionar que “várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 184.

lhes associar somente uma função; a cada direito fundamental podem ser agregadas variadas funções, servindo a função primordial por ele exercida como critério para classificá-lo. Para Alexy, conforme a sua principal função, os direitos fundamentais se classificam em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestação. Estes últimos, por sua vez, dividem-se em direitos a prestações fáticas (ou direitos a prestação em sentido estrito) e em direitos a prestações normativas (ou direitos fundamentais em sentido amplo). Os direitos fundamentais em sentido amplo dividem-se em direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento.

O professor alemão ilustra bem a multifuncionalidade dos direitos fundamentais ao exemplificar com o direito fundamental ao meio-ambiente hígido:

El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó «derecho fundamental como un todo». Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fáticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fática).³⁸

Embora o autor classifique os direitos fundamentais de acordo com a sua função predominante, o que poderia levar ao equívoco de se pensar que ele não exerceria outras funções que não aquela primordial, a menção à sua classificação é válida para pensarmos nos diferentes papéis que tais direitos podem exercer, o que acaba por demandar tratamento diverso aos casos de inefetividade, conforme a função que estiver em foco. Observe-se então que a referência à classificação de Alexy é feita com a consciência dos problemas, da complexidade e das dificuldades dela decorrentes, mas faz sentido na medida em que pode ser útil para a fixação de parâmetros para a sua interpretação e para a determinação do regime jurídico aplicável em cada caso³⁹.

³⁸«O direito fundamental ao meio ambiente responde bem àquilo que antes de denominou «direito fundamental como um todo». Está constituido por um conjunto de posições de tipos muito diferentes. Assim, quem propõe o estabelecimento de um direito fundamental ao meio ambiente, ou sua inclusão interpretativa às disposições de direito fundamental existentes pode, por exemplo, incluir neste conjunto ou feixe de posições, um direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental frente a intervenções de terceiros que lesionem o ambiente (direito de proteção), um direito a que o Estado permita ao titular do direito participar de procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito ao procedimento) e um direito a que o próprio Estado emprenda medidas fáticas, tendentes a melhorar o ambiente (direito a uma prestação fática)». (Tradução livre). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 392.

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 176.

A função de defesa dos direitos fundamentais liga-se à perspectiva adotada pelos já mencionados direitos de liberdade, ou de primeira geração ou dimensão. Diz respeito à proibição de interferência indevida na esfera particular do seu titular, seja em decorrência de ações do Poder Público seja de sujeitos privados. Pelo fato de vincular-se a uma das primeiras funções reconhecidas aos direitos fundamentais, são múltiplos os mecanismos colocados à disposição dos seus titulares pelo ordenamento jurídico para proteger a função de defesa desses direitos. Pode-se citar como exemplo o *habeas-corpus*⁴⁰ e o mandado de segurança⁴¹, ambos assegurados na forma de garantias fundamentais pelo art. 5º da Constituição Federal.

A faceta prestacional dos direitos fundamentais revela-se nas posições jurídicas que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos⁴², exigindo-se a criação dos pressupostos fáticos e jurídicos necessários para o exercício dos direitos. O aspecto prestacional pode se apresentar de variadas formas, conforme a natureza da prestação exigida pela norma de direito fundamental. Poderão ser prestações em sentido estrito, englobando os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se ele possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também dos particulares⁴³, tais como o direito fundamental à educação e à saúde. No campo desses direitos parece morar a situação mais problemática no que toca à sua efetividade, sobretudo em função da dificuldade relativa à escassez de recursos⁴⁴.

As ações positivas exigidas por esses direitos poderão, por outro lado, constituir prestações no sentido amplo, também compreendidas como prestações normativas. São os direitos à elaboração de normas pelo Poder Público, necessárias à proteção de determinados bens jurídicos (direitos de proteção) ou à criação de organizações e procedimentos que auxiliem na promoção e na proteção dos direitos fundamentais (direitos à participação na organização e no procedimento).

A função de proteção, como já visto, decorre da própria perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, a qual impõe aos Poderes Públicos o dever de protegê-los

⁴⁰Art. 5º, inc. LXVIII: “conceder-se-á ‘habeas-corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁴¹Art. 5º, inc. LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

⁴²ALEXY, Robert. *Op. Cit.*, p. 393.

⁴³ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 443.

⁴⁴A propósito do tema, ver, entre outros, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

contra ações de terceiros⁴⁵. São diversos os bens jurídicos que podem exigir proteção jusfundamental, tais como a saúde, a vida, a dignidade e a liberdade, e são variadas as formas mediante as quais o Estado promoverá essa proteção (v.g., normas de direito penal, de direito civil, de direito processual e de direito administrativo)⁴⁶. Quanto à função de participação na organização e procedimento, parte-se do pressuposto de que “a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocados à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental”⁴⁷. É o caso do direito fundamental ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto: não se pode exercitar o direito de votar previsto pelo art. 14 da CF se o Estado não propiciar a previsão normativa da organização e do procedimento eleitoral.

Nada obstante a diversidade de funções que podem ser atribuídas aos direitos fundamentais, o que assinala as suas diferenciações, pode-se identificar em dois elementos essenciais a unidade em torno da qual gravitam esses direitos no nosso ordenamento: a proteção contra a ação erosiva do legislador (que lhes é conferida pelo art. 60, §4º, IV, da CF, por constituírem cláusulas pétreas) e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF)⁴⁸.

Dessa constatação não se pode deduzir que todos os direitos fundamentais possam ser aplicados e protegidos da mesma forma, embora todos eles estejam sob a guarda de um regime jurídico reforçado, conferido pelo legislador constituinte. São justamente as peculiaridades da aplicação desse regime de acordo com a natureza, a função e a forma de positivação dos direitos fundamentais que engendram acirradas polêmicas no campo doutrinário e jurisprudencial, o que impõe dirigir as atenções ao estudo da eficácia jurídica e aplicabilidade das normas constitucionais.

4 Aplicabilidade dos direitos fundamentais e dependência de regulamentação infraconstitucional

Após a observância acerca das diferentes funções que podem assumir os direitos fundamentais, cumpre analisar as repercussões que a sua forma de positivação no texto constitucional suscitam no campo da sua realização.

⁴⁵ALEXYS, Robert. *Op. cit.*, p. 398.

⁴⁶Importa assinalar a distinção entre a função de defesa e a função de proteção dos direitos fundamentais. Enquanto a primeira impõe ao Estado o dever de omitir intervenções, a segunda outorga-lhe o encargo de impedir, por meio de prestações positivas, que terceiros pratiquem intervenções. Cf. ALEXYS, Robert. *Op. cit.*, p. 404

⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 214.

⁴⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 85.

Determinados direitos fundamentais são previstos em disposições constitucionais dotadas de alta densidade normativa, isto é, em enunciados normativos caracterizados por um alto grau de determinação, e portanto aptos a produzir seus efeitos essenciais diretamente, sem a intervenção de uma regulamentação do legislador ordinário⁴⁹ ou da Administração Pública⁵⁰. A doutrina costuma associar essa característica aos direitos fundamentais ditos de primeira geração ou direitos de defesa, com base na suposição de que a mera abstenção estatal é suficiente para que os seus efeitos sejam alcançados no plano fático⁵¹.

Em contrapartida, podem ser encontrados no texto constitucional direitos fundamentais definidos em normas caracterizadas por uma baixa densidade normativa, necessitando de concretizações no plano infraconstitucional para poderem engendrar seus principais efeitos⁵², embora apresentem sempre certa dose de eficácia jurídica^{53, 54}. A essa situação a doutrina em geral afirma enquadrarem-se os direitos fundamentais de segunda geração ou direitos a prestações, pressupondo-se a necessidade de ações positivas dos Poderes Públicos para a sua satisfação⁵⁵.

Entretanto, uma apreciação atenta da temática da densidade normativa das disposições constitucionais definidoras de direitos fundamentais parece desfazer essa correlação entre alta densidade/direitos de defesa e baixa densidade/direitos a prestações. Para tanto, impõe-se o exame prévio da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais em geral, para em seguida adentrar nas especificidades das normas que prevêm direitos fundamentais.

⁴⁹SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 268.

⁵⁰Pode-se mencionar, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, estabelecido pelo art. 5º, IV, da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

⁵¹Advertência assinalada por Gustavo Amaral. Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

⁵²SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 268.

⁵³V.g. art. 5º, VII da CF: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”.

⁵⁴“As normas constitucionais sempre produzem uma ‘eficácia jurídica de vinculação’ (decorrente da vinculação dos poderes públicos à Constituição), e, por isso, contam com aptidão para deflagrar, pelo menos, os seguintes resultados: (i) revogam (invalidação decorrente de inconstitucionalidade superveniente) os atos normativos em sentido contrário; (ii) vinculam o legislador, que não pode dispor de modo oposto ao seu conteúdo (servem como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade do ato contrastante); (iii) ‘conferem direitos subjetivos negativos ou de vínculo (poder de se exigir uma abstenção ou respeito a limites)’. Esta é a dimensão negativa da eficácia mínima produzida pelas normas constitucionais, mesmo as inexecutáveis por si mesmas. Mas elas operam, igualmente, uma eficácia positiva. Em virtude da ‘eficácia de vinculação’, as normas: (i) informam o sentido da Constituição, definindo a direção do atuar do operador jurídico no momento da interpretação e da integração da Constituição (identificando-se o Estatuto Constitucional com um sistema, a rede de significação definidora do seu sentido – conteúdo – é formada por todas as normas constitucionais, inclusive, as de eficácia limitada); e (ii) condicionam o legislador, reclamando a concretização (realização) de suas imposições; se nem sempre podem autorizar a substituição do legislador pelo juiz, podem, por vezes, autorizar o desencadear de medidas jurídicas ou políticas voltadas para a cobrança do implemento, pelo legislador, do seu dever de legislar”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 320-321.

⁵⁵Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

4.1 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais

Considerando as peculiaridades e diferenciações relativas ao grau de aplicabilidade das normas constitucionais⁵⁶, a doutrina buscou reuni-las em grupos distintos, mediante classificações que, via de regra, utiliza(va)m como critério de análise o aspecto da sua eficácia jurídica⁵⁷. A concepção clássica quanto à aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil foi trazida por Rui Barbosa, que, inspirado na doutrina norte-americana encabeçada por Thomas M. Cooley⁵⁸, distinguia as normas constitucionais em auto-aplicáveis (*self executing*) e não auto-aplicáveis (*non self executing*).

Essa primeira concepção, acolhida durante muitos anos pelo direito pátrio⁵⁹, entendia como auto-aplicáveis as normas constitucionais que não requerem qualquer complementação no plano infraconstitucional para serem aplicadas, e como normas não auto-aplicáveis aquelas que dependem de complementação legislativa para produzirem seus efeitos⁶⁰. Tal entendimento, embora reconhecesse a força imperativa das normas constitucionais, partia da premissa de que a maior parte dessas disposições requeria a intervenção do legislador infraconstitucional para ser aplicável, o que correspondia à realidade das Constituições de matriz liberal, afastando-se do contexto contemporâneo, em que adquire importância a natureza programática de parcela das normas constitucionais, que determinam aos Poderes Públicos uma atuação positiva na seara socioeconômica⁶¹. A crítica quanto à insuficiência dessa teoria no tocante às normas programáticas é registrada por Regina Ferrari, com a ressalva da necessidade de compreensão da realidade histórica em que foi construída:

⁵⁶Fato que não lhes retira, de forma alguma, a nota de suprema imperatividade ou força normativa. Nesse sentido, FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 80.

⁵⁷Sobre a relação entre eficácia jurídica e aplicabilidade, ver a clássica formulação de José Afonso da Silva: “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais 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 a eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja esta possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 60.

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 64.

⁵⁹Entre os seus adeptos encontra-se Pontes de Miranda, que sugeriu nova terminologia para a classificação das normas constitucionais, distinguindo-as em normas constitucionais bastantes em si mesmas (que não dependem de complementação legislativa para produzirem seus efeitos) e normas constitucionais não bastantes em si mesmas (dependentes de concretização por parte do legislador para alcançarem sua plena eficácia). Cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** (Com a Emenda nº 1 de 1969). v. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1970. p. 126.

⁶⁰BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933. p. 488-489.

⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 259-260.

Isso posto, é preciso reconhecer que difícil é localizar, na teoria clássica norte-americana, a importância e eficácia das normas programáticas reveladoras de valores que possibilitam a realização de ideais políticos e sociais, voltados para a concretização do bem comum. Porém, não se deve olvidar que a doutrina clássica não conhecia os direitos sociais e econômicos, sociais e culturais, tais como os contemplados pelas constituições atuais e que os direitos de liberdade e igualdade, conhecidos à época, eram previstos por meio de normas auto-aplicáveis.⁶²

Posteriormente, adotando o pressuposto de que todas as normas constitucionais revestem-se de eficácia jurídica vinculante, surge a proposta classificatória de João Horácio Meirelles Teixeira, dividindo os mandamentos constitucionais em normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada ou reduzida⁶³. Ao final da década de 60, apresenta-se pela primeira vez a clássica sistematização de José Afonso de Silva, largamente difundida pela doutrina e tribunais pátrios até os dias atuais, classificando de forma tricotômica as normas constitucionais quanto à sua eficácia⁶⁴.

O autor, aprofundando e desenvolvendo o tema, classificou as normas constitucionais em: (a) normas de eficácia plena⁶⁵ – capazes de, por si só e desde a sua entrada em vigor, produzirem seus principais efeitos; (b) normas de eficácia contida⁶⁶ – aptas a produzirem seus efeitos essenciais, mas passíveis de restrição pelo legislador; (c) normas de eficácia limitada – caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para serem diretamente aplicáveis e produzirem seus efeitos primordiais, carecendo, para tanto, de intervenção legislativa⁶⁷.

Parece, no entanto, que grande parte das classificações das normas constitucionais elaboradas pela doutrina brasileira⁶⁸ acabou passando ao largo do

⁶²FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 102.

⁶³A proposta de classificação do autor pode ser encontrada em TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 317 e ss.

⁶⁴A obra encontra-se atualmente em sua 7ª ed.: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁶⁵(...) aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular". SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

⁶⁶(...) aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados". SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 116.

⁶⁷SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 117-166.

⁶⁸Outras propostas metodológicas foram elaboradas após a contribuição de José Afonso da Silva; contudo, em razão dos limites metodológicos e de espaço deste trabalho, remete-se à leitura das seguintes obras: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 57/58, 1981; BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982; DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

tratamento específico da eficácia dos direitos fundamentais⁶⁹. Em razão disso, as especificidades acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais foram envolvidas pelas brumas do senso comum teórico que se formou sobre a eficácia das normas constitucionais em geral e sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais em particular. Faz-se necessário, por conseguinte, buscar esclarecer as particularidades pertinentes à temática da aplicabilidade dos direitos fundamentais, à luz do princípio da aplicabilidade imediata consagrado pelo art. 5º, §1º da CF.

4.2 A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

O §1º do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O aludido dispositivo encontrou diferentes interpretações na doutrina brasileira. Em um dos extremos, defende Eros Roberto Grau:

Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente; que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.⁷⁰

Ora, com base na norma em questão e na classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, poder-se-ia pensar, em um primeiro momento, que todos os direitos fundamentais são definidos por normas de eficácia plena, que não carecem de regulamentação infraconstitucional para gerarem seus efeitos. Porém, assim não o é; havendo determinados direitos fundamentais cujo exercício demanda mediações concretizadoras, eis que a sua previsão constitucional não contém os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam conferir pronta aplicabilidade.

Talvez por essa razão, no outro extremo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que a norma sob exame não pode contrariar a “natureza das coisas”, restando inviável a aplicação imediata de todo e qualquer direito ou garantia fundamental, de modo que parcela desses direitos só alcançará sua eficácia nos termos e na medida da lei⁷¹.

Situando-se em posição intermediária, e levando em conta que os direitos fundamentais podem estar previstos em normas que não reclamam concretização

⁶⁹Constatação feita por Ingo Wolfgang Sarlet. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 273.

⁷⁰GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica da Constituição de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318-319.

⁷¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n° 29, 1988. p. 35.

para produzir seus efeitos, ou em normas que carecem de uma *interpositio legislatoris* para serem plenamente aplicadas, Ingo Wolfgang Sarlet atribui sentido diverso ao dispositivo em discussão. Tomando como base a distinção entre disposições constitucionais de alta e baixa densidade normativa, o autor conclui que o art. 5º, §1º da CF contém uma norma de cunho principiológico⁷², no sentido conferido ao termo por Robert Alexy⁷³, constituindo um mandado de otimização cuja função seria estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais⁷⁴. A norma da aplicabilidade imediata não incidiria consoante a lógica do “tudo-ou-nada”, como se regra fosse⁷⁵, ficando o seu alcance (*quantum* em aplicabilidade e eficácia) na dependência das peculiaridades da norma de direito fundamental em questão (ressaltando-se que em favor de sua aplicação milita sempre a presunção de plenitude eficaz⁷⁶). Entendimento semelhante é compartilhado por Flávia Piovesan⁷⁷.

Outro posicionamento, ao que tudo indica fundamentado nas dificuldades enfrentadas quanto à aplicação direta de direitos fundamentais que têm por objeto prestações estatais, é advogado por Sérgio Fernando Moro, lastreado no entendimento de João Pedro Gebran Neto⁷⁸. De acordo com o autor, a melhor interpretação ao art. 5º, § 1º da CF é aquela segundo a qual o dispositivo teria o condão de autorizar o juiz a suprir eventuais omissões do Poder Público para aplicar imediatamente as normas de direito fundamental, restringindo-se, contudo, em razão da sua localização topográfica, aos direitos arrolados no art. 5º, “em sua maioria compostos de liberdades, direitos de

⁷²Em razão dos limites de espaço, não se adentrará neste trabalho na discussão em torno das distinções entre princípios e regras, cabendo apenas mencionar a compreensão de ambos como espécies do gênero “norma jurídica”, com todas as implicações que tal concepção acarreta na seara jurídico-normativa. Para um aprofundamento em relação a essa distinção, ver ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 63-150; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-72. Na doutrina brasileira, não se pode deixar de mencionar a interessante contraposição de idéias entre ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. e SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 49-77. Ver, ainda, sobre o tema da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁷³Na conceituação do autor, “*los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas.*” p. 67-68.

⁷⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 288.

⁷⁵No sentido atribuído ao termo por Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 289.

⁷⁷PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 105 e 107.

⁷⁸GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: RT, 2002.

defesa e de participação”⁷⁹. Quanto à aplicação dos demais direitos fundamentais, situados fora do catálogo do art. 5º, não incidiria a disposição insculpida no art. 5º, §1º da CF, mas sim o princípio da máxima efetividade, norteador de toda a interpretação constitucional⁸⁰.

Conforme mencionado anteriormente, este último posicionamento parece alinhar-se ao pensamento que contrapõe as normas definidoras de direitos de defesa ou direitos de liberdade, entendidas como normas de eficácia plena, às normas que prevêm direitos a prestações, compreendidas como normas de eficácia limitada. A partir dessa contraposição, procura-se demonstrar que os direitos de defesa não dependem de regulamentação e intervenção estatal, pois requerem apenas uma abstenção do Estado, enquanto os direitos a prestações, por demandarem ação estatal, têm sua eficácia jurídica comprometida⁸¹. Entretanto, tal contraposição ignora a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que podem assumir ora a função positiva, ora a função negativa⁸². Do mesmo modo que um direito de defesa pode ter uma dimensão positiva, um direito prestacional pode apresentar uma dimensão negativa⁸³. Desta sorte, como bem esclarece Virgílio Afonso da Silva,

*não existe norma constitucional que não dependa de algum tipo de regulamentação e que não seja suscetível de algum tipo de restrição. Assim, se a distinção entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada reside na necessidade, no caso das segundas, de atuação estatal no sentido de lhes completar a eficácia, a distinção cai por terra se se aceita que, da mesma forma que todas as normas estão sujeitas a restrição, todas elas dependem, também, de regulamentação.*⁸⁴

⁷⁹MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 72-73.

⁸⁰Sobre a incidência do referido dispositivo sobre os direitos fundamentais situados fora do art. 5º da CF, compartilhamos com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que: “Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, §1º, da CF, apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’, tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa Lex Suprema, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos – como já visto, equivocadamente designados – direitos individuais e coletivos do art. 5º”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 278. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 106-107.

⁸¹Advertência feita por Virgílio Afonso da Silva. Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 306; e por AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 60.

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222

⁸³KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 39.

⁸⁴SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 304-305.

Depreende-se daí que mesmo os direitos de defesa podem reclamar interposição legislativa para que possam ser exercitados, uma vez que a necessidade de regulamentação pode ser expressa no texto constitucional ou implícita⁸⁵. Tome-se como exemplo o já referido direito ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto (art. 14, CF). Conquanto se afigure como um direito político, previsto em dispositivo constitucional considerado por muitos como norma de eficácia plena, seu exercício não pode ser assegurado sem a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, sem a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes, entre outras⁸⁶. No mesmo influxo, afigura-se o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF). Não obstante considerado como direito de defesa, ou direito de primeira geração, que exige a não interferência na esfera individual do seu titular, sua plena eficácia depende de normas de direito civil, tal como as disposições da Lei de Registros Públicos, do Código Civil, entre outras, sem as quais não se poderia garantir a fruição dos efeitos pretendidos pela norma que o prevê⁸⁷.

Destarte, pode-se inferir que, “se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde o seu sentido”⁸⁸. Por conseguinte, no que concerne aos direitos fundamentais, seja qual for a sua natureza, o seu exercício pode depender de regulamentação infraconstitucional⁸⁹. Assim, no âmbito dos direitos fundamentais a melhor forma de classificar as disposições constitucionais que os definem parece ser aquela que as distingue entre normas de alta densidade normativa e normas de baixa densidade normativa, proposta nos seguintes termos por Ingo Wolfgang Sarlet:

Em face do exposto, pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma direta

⁸⁵SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: RT, 2004. p. 81.

⁸⁶SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 308.

⁸⁷“(…) o direito de propriedade só é pleno se, de fato, o Estado cumprir o seu dever de protegê-lo. Para tanto, é necessário legislar, criar e manter organizações – polícia, poder judiciário etc. –; é necessário criar um registro de imóveis; é necessário pensar em procedimentos para a aquisição da propriedade, dentre outras várias ações necessárias.” SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 313.

⁸⁸SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 315

⁸⁹Importa advertir que a necessidade de desenvolvimento legislativo dos direitos fundamentais não pode levar a interpretações que reduzam sua significação normativa, ou comprometam a possibilidade de se promover sua aplicabilidade judicialmente antes de sobrevirem leis que os regulamentem. A idéia será retomada nos próximos tópicos. Nesse influxo, LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. 63-64.

e sem uma *interpositio legislatoris* – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.⁹⁰

Destarte, para possibilitar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, podem ser necessárias “mediações concretizadoras”⁹¹, capazes de estabelecer a regulamentação do seu exercício.

4.3 Mediações concretizadoras e regulamentação do exercício de direitos fundamentais

A Constituição, ao definir a estrutura e as diretrizes básicas de uma sociedade, não possui uma pretensão de completude, detendo, pelo contrário, uma abertura que lhe possibilita conciliar a estabilidade jurídica com o desenvolvimento político⁹², permitindo a mutação constitucional, conforme a permanente transformação da ordem social⁹³. Logo, nem todas as normas que a integram são capazes de incidir imediatamente sobre as situações fáticas por elas reguladas⁹⁴. Pode se apresentar imprescindível a edição de outra norma ou conjunto normativo (seja de caráter legislativo, seja de caráter administrativo) para que a sua plena aplicação possa ocorrer de modo satisfatório⁹⁵, inclusive, como já visto, no âmbito dos direitos fundamentais.

O principal exemplo desse tipo de norma constitucional consiste naquelas disposições que estabelecem fins, definindo o objetivo a ser alcançado pelo Estado, sem determinar os pressupostos de fato, o “quando” se deve atuar e o conteúdo da atuação, deixando-se uma margem de liberdade para a escolha dos meios adequados à consecução do fim determinado⁹⁶. São as chamadas normas constitucionais programáticas⁹⁷, aqui compreendidas na acepção averbada por Regina Ferrari:

Dessa forma, as normas programáticas determinam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas para que se alcance a satisfação do bem jurídico consagrado na regra, em que pese a força imperativa do comando normativo.⁹⁸

⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 268.

⁹¹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1124.

⁹²PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 23.

⁹³CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 26-27.

⁹⁴FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 96-97.

⁹⁵O que não significa dizer que tal regulamentação não possa ser preenchida pelo Poder Judiciário, conforme se tentará demonstrar ao longo deste trabalho.

⁹⁶FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 175.

⁹⁷Em sentido semelhante ao aqui adotado, segundo José Afonso da Silva, são “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando à realização dos fins sociais do Estado” SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 138.

⁹⁸FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 184.

Durante muito tempo, conforme atesta Eros Roberto Grau, a doutrina entendeu que as normas programáticas consubstanciariam somente mandamentos dotados de força jurídica reduzida, que apenas assumiriam plena eficácia quando complementados por lei ordinária; não configurariam direitos, objeto de garantia jurídica, bastando a omissão do Poder Legislativo para torná-las letra morta⁹⁹. Hodiernamente, em especial após o advento da atual Constituição, passou-se a reconhecer a possibilidade de se extraírem autênticos direitos subjetivos das normas constitucionais programáticas, passíveis de postulação perante o Poder Judiciário quando faltarem os elementos infraconstitucionais necessários para a fruição dos seus efeitos¹⁰⁰. E mais do que isso: não apenas se reconhece a possibilidade de tais normas albergarem direitos subjetivos, como também direitos *fundamentais* subjetivos, dada a abertura material prevista pelo art. 5º, §2º da CF, acima referido. É o caso do direito fundamental social à saúde, que além de estar previsto no art. 6º da CF, pode ainda ser extraído de seu art. 196, norma constitucional que ostenta, simultaneamente, caráter programático e definidor de direito¹⁰¹.

Nesse sentido, a necessidade de regulamentação infraconstitucional não se limita às hipóteses de normas de cunho programático, podendo estar presente em todos os tipos de normas constitucionais. A título de ilustração, utilizando-se a classificação de Luís Roberto Barroso, que divide as disposições constitucionais em normas constitucionais de organização¹⁰², normas constitucionais definidoras de direitos¹⁰³ e normas constitucionais programáticas¹⁰⁴, é possível vislumbrar em todas as espécies situações de dependência de complementação infraconstitucional para a produção dos efeitos da norma. Para citar alguns exemplos: o art. 134, § 1º, da CF (“Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos

⁹⁹GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: RT, 1985. p. 44-45.

¹⁰⁰Concorda-se com a contundente lição de Regina Ferrari: “Tais normas, além de traduzirem um efeito inibitório para o Legislativo, Executivo e Judiciário, conferem ao seu destinatário o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas. (...) Aceitar que todas as normas constitucionais ditas programáticas estão completamente destituídas da possibilidade de propiciar a figura do direito subjetivo, é imaginá-las recheadas de inoperância, e, ainda mais, com o perigo de ocorrer que interesses poderosos contrariados venham encontrar aliados para propiciar a constância do imobilismo capaz de influenciar o curso dos acontecimentos, bloqueando a sua efetividade, de tal modo que a supremacia constitucional ‘sucumbiria diante do efeito paralisante irradiado pela omissão de órgão de um poder constituído’”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 222-223.

¹⁰¹Art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁰²“Normas constitucionais que têm por objeto organizar o exercício do poder político”. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das suas normas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

¹⁰³“Normas constitucionais que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos” *Idem Ibidem*.

¹⁰⁴Normas constitucionais que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado: *Idem Ibidem*.

de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”¹⁰⁵; o art. 5º, VII, da CF (“é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”)¹⁰⁶; e o art. 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”)¹⁰⁷.

Ressalte-se que nem sempre a regulamentação da disposição constitucional será imprescindível para garantir a eficácia do seu conteúdo, havendo casos em que a norma infraconstitucional apenas facilitará o seu *modus operandi*, como é o caso do art. 5º, XXXIV da CF, que assim dispõe: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. A lei poderá especificar um prazo para a resposta do Poder Público, regulamentando o direito de petição, o que não se apresenta como algo imprescindível ao seu exercício¹⁰⁸.

Há, todavia, situações em que a regulamentação da disposição constitucional será inexorável à produção dos efeitos da norma, situando-se aqui o principal objeto de análise desta pesquisa. Refere-se, de um lado, aos direitos definidos em normas que apresentam expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei” ou “a lei estabelecerá”¹⁰⁹, e de outro, aos direitos que, apesar de não haver exigência expressa de regulamentação do seu exercício, demandam mediações concretizadoras para a plena produção dos seus efeitos¹¹⁰.

Assim, um dos principais problemas que se apresenta no que tange à efetividade¹¹¹ dos direitos fundamentais reside exatamente na inércia do Poder Legislativo ou Executivo¹¹², quando a ausência de normas regulamentadoras desses

¹⁰⁵Na classificação de Barroso, situar-se-ia entre as normas constitucionais de organização, por criar órgão público. *Idem*, p. 94.

¹⁰⁶Norma constitucional definidora de direito.

¹⁰⁷Norma constitucional programática.

¹⁰⁸FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 134-135.

¹⁰⁹Como o direito do trabalhador assegurado no art. 7º, XII, da CF: “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”.

¹¹⁰Por exemplo, o direito fundamental à proteção do mercado de trabalho da mulher, previsto no art. 7º, XX da CF.

¹¹¹O conceito de efetividade, que se identifica com a noção de eficácia social e se diferencia do conceito de eficácia jurídica – compreendida esta como aptidão da norma em produzir efeitos jurídicos –, foi delineado por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela 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”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 82-83.

¹¹²FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

direitos os impede de produzir seus efeitos¹¹³. Isso porque a atribuição da tarefa de concretizar o exercício de tais direitos ao legislador pode, muitas vezes, chocar-se com os interesses de determinadas maiorias parlamentares que resolvam, deliberadamente, retardar a sua regulamentação^{114,115}. A inércia do Poder Público em tais circunstâncias, sobretudo quando se tratam de direitos fundamentais, demonstra-se injustificável, uma vez que, segundo J. J. Gomes Canotilho:

Os domínios em que é mais reduzido o âmbito da conformação do legislador são aqueles em que os interesses públicos se acham previamente determinados pela constituição, ficando o legislador simplesmente autorizado a concretizar esses interesses.¹¹⁶

Significa dizer que o órgão competente para elaborar a norma regulamentadora do exercício do direito não tem a opção entre fazer e não fazer, ou fazer à sua maneira¹¹⁷. O legislador ou o administrador tem a obrigação de criar a regulamentação do direito, escapando da sua “liberdade de conformação” ou “discricionariedade” a possibilidade de fazê-lo ou não, devendo concretizar¹¹⁸ as matérias que demandam densificação normativa, sempre norteado pelo conteúdo material estabelecido pelos princípios e regras constitucionais¹¹⁹.

Nesse contexto, as omissões do legislador e do administrador passam a adquirir relevância jurídica, visto que podem ocasionar graves conseqüências no que toca à realização dos direitos fundamentais. A existência de omissões juridicamente relevantes, no pensar de Jorge Miranda,

verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas.¹²⁰

¹¹³Conforme já dito, em tais situações as posições jusfundamentais assumem a feição de direitos a prestações normativas, chamados por Robert Alexy de “direitos a prestações no sentido amplo”, para distingui-los dos direitos a prestações fáticas, também denominados “direitos a prestações no sentido estrito”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007. p. 172.

¹¹⁴LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 75.

¹¹⁵Impende ressaltar que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder esses direitos: ela própria os concede, cumprindo ao Legislativo, tão somente, materializar a forma do seu exercício. Aos entes encarregados de regulamentar os direitos fundamentais a Lei Maior confere apenas a possibilidade de escolha e adaptação dos meios, consistindo a obtenção dos fins por ela traçados em imposição vinculativa e obrigatória. Cf. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 165-166.

¹¹⁶CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 253.

¹¹⁷CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 317.

¹¹⁸“O processo de concretização consiste em adicionar componentes, determinar conceitos, ao passo que a tipificação, a positivação normativa importa em excluir, prescindir de componentes, num processo de abstração (...). A concretização encerra uma atividade de determinação e especificação”. SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 79-80.

¹¹⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 316.

¹²⁰MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 292.

Para essas situações, o próprio texto constitucional promulgado em 1988 previu instrumento específico destinado a este desiderato: o mandado de injunção – ação constitucional assegurada entre os direitos e garantias fundamentais do art. 5º, LXXI da CF¹²¹. Assim, em todas as hipóteses em que o exercício dos direitos fundamentais exigir uma regulamentação infraconstitucional e esta não tiver sido elaborada pelo órgão competente, o Poder Judiciário assume o dever de promover as mediações concretizadoras necessárias à sua realização, dando sentido ao princípio da aplicabilidade imediata previsto no art. 5º, §1º da CF.

5 Considerações finais

Por todo o exposto, conclui-se que: (i) o princípio da aplicabilidade imediata incide sobre todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, não se limitando àqueles do artigo 5º da CF ou aos direitos de defesa, ou de liberdade, nem aos direitos definidos em normas consideradas de “eficácia plena”; (ii) tal princípio não significa que os direitos fundamentais não demandem regulamentação infraconstitucional, pois qualquer desses direitos, independentemente da sua natureza, pode reclamar uma concretização para a produção dos seus efeitos; (iii) o dispositivo instituído no art. 5º, §1º da CF impõe ao Estado como um todo o dever de promover a efetivação dos direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário quando for provocado, nas hipóteses de omissão do órgão competente (dos Poderes Legislativo ou Executivo), estabelecer as mediações concretizadoras necessárias a viabilizar o exercício do direito fundamental, definindo e especificando o modo como será exercitado, com base nos demais mandamentos constitucionais; (iv) para a realização dessa concretização judicial, o titular do direito fundamental cujo exercício encontra-se inviabilizado poderá lançar mão do mandado de injunção, de modo a incitar o Poder Judiciário a concretizar o seu direito.

¹²¹Art. 5º, LXXI, da CF: “conceder-se-á 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”. Sobre o tema do mandado de injunção, ver, entre outros: PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: RT, 1989; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999; SOUZA, Luciane Moessa. **Normas constitucionais não-regulamentadas**: instrumentos processuais. São Paulo: RT, 2004.

6 Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 57/58, 1981.
- BARBOSA, Rui. **Commentários à Constituição Federal Brasileira**. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n.º 29, 1988.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: RT, 1985.
- _____. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 12.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 6.ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967** (Com a Emenda n.º 1 de 1969). v. I. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1970.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2005. 370f. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004.
- TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.