

INGO WOLFGANG SARLET

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

15^a EDIÇÃO
modificada e ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A breve exposição sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais em geral revelou, dentre outros aspectos, que todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte. Por outro lado – e isto ainda não foi objeto de consideração –, boa parte das classificações propostas têm em comum o fato de não terem dado o indispensável destaque ao problema específico da eficácia dos direitos fundamentais. No que concerne às sistematizações mais antigas (anteriores à vigência da atual Constituição), não é de se estranhar que tal tenha ocorrido, já que inexistia dispositivo similar ao consagrado no art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental (aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais), salientando-se, todavia, que alguns dos autores nominados (de modo especial Celso R. Bastos e José Afonso da Silva) dispensaram alguma atenção ao problema em obras mais recentes, sem, no entanto, procederem a uma reformulação substancial de suas concepções à luz do citado preceito. Em que pese esse aspecto, suas contribuições trazem a marca de sua inequívoca autoridade intelectual e serão devidamente consideradas. Quanto a Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso, que formularam suas propostas já após a vigência de nossa Constituição, a inovação trazida pelo já citado art. 5º, § 1º, da CF foi objeto de consideração especial apenas por parte do último (apesar de uma tendência a estender aplicabilidade direta dos direitos fundamentais a todas as normas constitucionais), restringindo-se a primeira autora virtualmente a incluir os direitos fundamentais (por abrangidos pelo rol das “cláusulas pétreas”) na sua categoria

das normas de eficácia absoluta. Já por esses motivos, isto é, em virtude da carência no que diz com um tratamento sistemático da eficácia dos direitos fundamentais com base no art. 5º, § 1º, de nossa Carta Magna, e apesar da existência de diversos artigos e ensaios, inclusive algumas monografias, no mais das vezes de excelente qualidade, sobre o tema, ousamos afirmar que o tema continua mantendo sua atualidade, já que no que concerne a sua relevância teórica e prática parece inexistir qualquer controvérsia.

Antes, porém, de adentrarmos o exame do significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, há que fazer a devida menção ao fato de que, assim como as normas constitucionais em geral assumem feições distintas de acordo com a função que exercem no âmbito da Constituição, manifestando-se por meio de diferenciadas técnicas de positivação, também as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem, no que diz com esse aspecto, um complexo homogêneo.¹ Quanto às normas constitucionais em geral, tivemos a oportunidade, no item anterior, de apresentar a paradigmática proposta formulada, entre nós, por Luís Roberto Barroso, que, à luz de nosso direito constitucional positivo, distinguiu três tipos de normas, quais sejam, as normas de organização (que, por sua vez, englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, as normas definidoras de competências, as normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos), as normas definidoras de direitos (de modo especial os direitos fundamentais) e as normas programáticas.²

1. Nesse sentido, v. também e por todos A. Krell, "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais", in: I. W. Sarlet (org.), *A Constituição Concretizada*, p. 25 e ss., acompanhando o entendimento aqui sustentado.
2. Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 91 e ss. Do direito comparado, entendemos oportuna a referência ao esquema proposto por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 180 e ss., que, após sustentar uma primeira classificação das normas constitucionais em princípios e regras, apresenta uma tipologia diferenciada, sugerindo uma divisão das normas constitucionais em normas organizatórias (que, por sua vez, são compostas pelas regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento) e, por outro lado, em normas jurídico-materiais, integradas pelas regras de direitos fundamentais, regras de garantias institucionais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas). Sem pretensão de polemizar sobre o assunto, sob pena de nos desviarmos dos propósitos do presente estudo, constatamos que existe apenas parcial coincidência entre a sistematização apresentada por L. R. Barroso e a do Prof. Canotilho, já que o primeiro não fez referência às garantias institucionais (existentes também entre nós), além de sustentar a existência de normas programáticas, não aceita por Canotilho, que, ao invés disso, prefere falar em normas definidoras de fins e tarefas do Estado e normas impositivas, concepção esta que apresenta a nítida vantagem de distinguir entre si, pelo

Sem adentrarmos aqui a ampla gama das posições que poderiam ser consideradas no tocante às técnicas de positivação e às funções das normas constitucionais, já que tal problemática é ela mesma merecedora de investigação científica mais profunda, podemos, desde já, detectar alguns aspectos dignos de atenção. Assim, atendo-nos somente ao complexo das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, poderemos observar, se tomarmos, por exemplo, o art. 5º, inc. XXXII, de nossa Constituição, que, apesar de tratar-se de norma insculpada no Título dos direitos fundamentais (sendo, portanto, uma norma definidora de direito), cuida-se, mais propriamente, de norma definidora de uma finalidade a ser implementada pelo Estado (a proteção do consumidor), podendo, nesse sentido, falar-se também de uma norma-objetivo, valendo-nos aqui da terminologia e da noção desenvolvida, entre nós, principalmente pelo ilustre jurista Eros Roberto Grau.³ Da mesma forma, verificar-se-á que no Título da Ordem Econômica e Social, no qual se encontram diversos direitos fundamentais fora do catálogo, podemos localizar normas que, em verdade, foram positivadas como autênticas normas programáticas, o que ocorre, por exemplo, com o art. 205, de acordo com o qual “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa,

diferenciado grau de vinculação do legislador, as normas que impõem aos órgãos públicos a realização de certos programas, fins e tarefas, já que também estas normas não constituem um complexo homogêneo. Assim, para que possamos adotar o esquema proposto por L. R. Barroso, é necessário que procedamos à sua releitura, tendo sempre em mente que ele também abrange as garantias institucionais, além de considerarmos a categoria das normas programáticas como gênero de normas a reclamarem interposição legislativa, abrangendo, portanto, as normas definidoras de fins e tarefas do Estado e as normas impositivas (imposições legiferantes e ordens de legislar), tal como concebidas na sistematização de Canotilho.

3. De acordo com E. R. Grau, *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, p. 130 e ss., a noção de norma-objetivo, também adotada, entre nós, por Fábio K. Comparato, parte da circunstância de que há na Constituição normas que definem resultados concretos, isto é, fixando fins a serem alcançados pelos seus destinatários, normas que – por definirem obrigações de resultado – se distinguem das assim denominadas normas de conduta e de organização. Percebe-se, além disso, que a noção de norma-objetivo corresponde à das normas definidoras de fins e tarefas do Estado, noção esta que, por sua vez, se reconduz às *Staatszielbestimmungen* dos alemães. Convém ressaltar, ainda, que, de acordo com a concepção desenvolvida por E. R. Grau, as normas-objetivo não se confundem com as normas programáticas, já que estas, em vez de definirem fins concretos a serem alcançados, contêm princípios e programas (tanto de conduta, quanto de organização), bem como princípios relativos a fins a cumprir, ressaltando, ainda, que as normas programáticas existem apenas na esfera constitucional, ao passo que as normas-objetivo também podem ser encontradas na legislação infraconstitucional.

seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Ainda que se cuide – e relativamente a isto não deveria haver dúvida – de norma definidora de um direito fundamental (direito à educação), a técnica de positivação utilizada na redação deste dispositivo deixa transparecer nitidamente seu cunho programático, sem que com isto se queira (ou possa) negar eficácia à norma. Por outro lado, direitos fundamentais há que foram positivados como autênticas ordens concretas de legislar, a exemplo do que ocorre com o dispositivo que prevê a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (art. 7º, inc. XI, da CF), normas que melhor se enquadram naquilo que Gomes Canotilho, com sua habitual perspicácia, denominou de normas impositivas.⁴ Também há que fazer, nesse contexto, a devida referência às garantias institucionais, como é o caso da garantia do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII, da CF). Em que pese Luís Roberto Barroso ter percebido as distinções entre as diversas normas integrantes da categoria das normas constitucionais definidoras de direitos, constata-se que o fez não com base no critério da técnica de positivação, mas, sim, com apoio no critério da posição jurídica na qual se encontram investidos os particulares, aproximando-se, nesse particular, da concepção de Celso A. Bandeira de Mello.

O que importa ressaltar, nesse contexto, é que sob a rubrica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, se abrigam dispositivos que, no que diz com a técnica de sua positivação, assumem a feição característica das outras categorias referidas na tipologia de Luís Roberto Barroso, que aqui tomamos como referencial, sem deixarem, contudo, de ser autênticos direitos fundamentais. Não é por outro motivo que no direito comparado podemos encontrar autores que chegaram a propor uma classificação dos direitos fundamentais de acordo com sua forma de positivação. Ressalte-se, contudo, que os exemplos colacionados se restringem aos direitos fundamentais sociais, o que – ainda que não se queira reconhecer a pertinência dos exemplos citados (inclusive fora do âmbito dos direitos sociais) – não desautoriza eventual aplicação das classificações propostas ao nosso direito constitucional, no mínimo relativamente ao extenso rol dos direitos sociais. Assim, enquanto para Gomes Canotilho os direitos fundamentais (sociais) podem ser positivados de quatro formas (como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e

4. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 176 e ss.

direitos subjetivos),⁵ o renomado publicista hispânico Pérez Luño, igualmente partindo de uma classificação em quatro categorias, sustenta que os direitos sociais podem vir proclamados nas Constituições como: a) princípios programáticos; b) princípios para atuação dos poderes públicos; c) normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; e d) normas específicas ou casuísticas.⁶

Sem adentrar aqui o mérito destas classificações, importa destacar a evidência de que, também em nossa Constituição, talvez até mesmo com maior pertinência, tendo em vista o número considerável de direitos fundamentais nela consagrados, as respectivas normas repousam (já que não se confunde a norma com o dispositivo que a prevê) em disposições distintas entre si também no que diz com a forma de sua positivação no texto constitucional. Além disso, não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares. Assim, por demais evidente que a carga eficaz será diversa em se tratando de norma de natureza programática (ou – se preferirmos – de cunho impositivo), ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental, circunstância que, aliás, não passou despercebida a alguns dos nossos mais ilustres representantes da doutrina constitucional, ainda que estes não tenham estabelecido – ao menos não de forma explícita – esta vinculação direta entre a diversidade das técnicas de positivação dos direitos fundamentais e as posições jurídicas igualmente distintas delas decorrentes.

Por derradeiro, não há como deixar de considerar as diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, já referidas alhures e que igualmente assumem relevância no que diz com a questão da eficácia, além de apresentar certo grau de vinculação com a problemática das formas de positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional. Nesse sentido, cumpre lembrar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos,

5. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. p. 556-7, onde também se encontra breve referência sobre o significado de cada forma de positivação.

6. Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos*, p. 95.

nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional). Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia.

Sem adentrar aqui o exame destas questões, que serão oportunamente retomadas, cumpre salientar, contudo, que justamente os direitos a prestações (de modo especial os que têm por objeto prestações materiais) não raras vezes são positivados expressamente sob a forma de normas programáticas, normas-objetivo, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir – ao menos em princípio e, em se partindo de uma perspectiva meramente textual – uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade. Por essa razão, ao enfrentarmos a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem a sua forma de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos, a toda evidência, constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não significa que a forma de positivação, notadamente em virtude da distinção entre texto e norma (num mesmo texto de direito fundamental poderão ser extraídas várias normas de direito fundamentais) possa servir de referencial único, nem mesmo preponderante, em várias situações, para exame do problema da eficácia e efetividade. Antes de nos ocuparmos, todavia, com o exame propriamente dito das cargas eficaciais das diversas categorias de direitos fundamentais, há que tecer algumas considerações em torno do significado e alcance da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, tal como consagrada no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, já que sem tal instrumental não se poderá prosseguir no exame da matéria.

3.2. A APLICABILIDADE IMEDIATA (DIRETA) E PLENA EFICÁCIA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão desse preceito no título dos direitos fundamentais, atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, destacando-se, nesse contexto, o art. 18/1 da Constituição portuguesa, o art. 332 da Constituição do Uruguai e o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha.⁷ Ressalte-se, ainda, que já o anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, no seu art. 10, continha preceito

7. Essa a lição, dentre outros, de R. R. Ruschel, in: *AJURIS* nº 58 (1993), p. 294-5. Com efeito, de acordo com o disposto no artigo 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” Já o artigo 332 da Constituição do Uruguai, cujo âmbito de abrangência parece não estar restrito aos direitos e garantias fundamentais, além de consagrar – em caso de ausência de regulamentação – até mesmo o recurso à analogia, aos princípios gerais de direito e à doutrina, dispõe que “los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas”. Por derradeiro, embora cronologicamente anterior, cite-se o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha (de 1949), por vezes objeto de equivocada tradução para o vernáculo, de acordo com o qual “os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam o Legislador, o Poder Executivo e o Judiciário como direito diretamente vigente” (“Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”). Saliente-se que a expressão *geltendes Recht*, utilizada pelo Constituinte germânico provém de *Geltung*, que, na verdade, pode corresponder às expressões vigência, validade ou eficácia (cf. o dicionário jurídico de Jayme/Neuss, p. 154-5), não se confundindo com a aplicabilidade (*Anwendbarkeit*). Todavia, a doutrina alemã – como adiante se verá – reconhece que, com base no art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental, pode-se sustentar também a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Para além disso, independentemente de terem, ou não, influenciado o nosso constituinte, constata-se que diversas outras Constituições consagraram, ainda que não com a mesma formulação, o princípio da aplicabilidade imediata (ou direta) dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, pode citar-se o art. 45 da Constituição do Paraguai, que, além de consagrar a existência de direitos não expressamente positivados, dispõe que “la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”. A Constituição da Grécia, por sua vez, em seu art. 25, inc. I, estabeleceu a obrigação de todos os órgãos estatais de assegurarem a fruição dos direitos e garantias fundamentais. Já a Constituição Espanhola de 1978 dispõe, na primeira parte de seu art. 53.1, que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”.

semelhante.⁸ Como questão preliminar a ser superada, impõe-se, desde logo, examinar a abrangência da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Constituição.

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 esse 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. Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma “nova exegese” da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o Constituinte “disse mais do que o pretendido”,⁹ assumindo, por via de consequência, uma interpretação baseada não apenas na já amplamente questionada e questionável “vontade do Constituinte”, mas num originalismo ancorado numa vontade presumidamente contrária ao teor literal do dispositivo. Sem que se vá aprofundar aqui esse aspecto, entendemos suficiente – pelo menos no que diz com a aplicação do postulado da aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais, uma remissão aos demais argumentos por nós deduzidos, que consideramos serem ainda idôneos para afastar a pretendida exegese restritiva. Já com relação ao problema específico da eficácia das normas de direitos fundamentais, voltaremos a nos pronunciar no momento oportuno.¹⁰

8. De acordo com o citado preceito, “os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.”

9. Cf. a instigante posição (e crítica) de J. P. Gebran Neto, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais*, p. 153 e ss.

10. Diverso parece ser, ainda – embora não com base nos mesmos argumentos já referidos (vinculados à exegese literal do artigo 5º, § 1º) –, o respeitável entendimento de R. L. Torres, “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 278 e ss., que, em profundo estudo sobre o tema, distingue, dentre

Se, todavia, optarmos por não nos contentar com a argumentação embasada numa interpretação cingida à letra do texto constitucional, verificaremos que também uma interpretação sistemática e teleológica conduziria aos mesmos resultados. Nesse sentido, percebe-se, desde logo, que o Constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cuja fundamentalidade – pelo menos no sentido formal – parece inquestionável. Também não há como sustentar, no direito pátrio, a concepção lusitana (lá expressamente prevista na Constituição) de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias (Título II da CRP) que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado (e não apenas quanto a esse aspecto) os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III da Constituição portuguesa.¹¹ A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no artigo 5º, § 1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal.¹²

os direitos sociais, aqueles que dizem com o mínimo existencial, de tal sorte que para além do mínimo existencial os direitos sociais dependem sempre de uma *interpositio legislatoris*.

11. O tratamento jurídico diferenciado de ambos os grupos de direitos fundamentais constitui, sem dúvida, um dos marcos caracterizadores da posição reforçada que os direitos, liberdades e garantias assumiram em relação aos direitos sociais no âmbito do constitucionalismo lusitano. Nesse sentido, v., dentre tantos, J. C. Nabais, in: *BMJ* nº 400 (1990), p. 21 e ss. Este tratamento diferenciado também se pode encontrar na Constituição Espanhola de 1978, na qual a parte significativa dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional está prevista no capítulo dos “principios rectores de la política social y económica”, que, por sua vez, não se encontra ao abrigo do princípio da aplicabilidade imediata dos “derechos y libertades” consagrado no artigo 53.1. Com isto, não se está negando, aos princípios da ordem econômica e social, o caráter jurídico-normativo, já que, de acordo com o artigo 9º, 1, da Constituição Espanhola “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, princípio que se aplica a todas as normas constitucionais. Todavia, reconhece-se – a exemplo do que leciona F. Fernández Segado, in: *RIL* nº 121 (1994), p. 80, que o valor normativo da Constituição “necesita ser modulado en lo concerniente a los principios rectores de la política social y económica.”
12. Cf., por todos, W. Steinmetz, “O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do STF e nas interpretações da literatura especializada”, in: D. Sarmento e I. W. Sarlet (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124.

Convém recordar, ainda, que no capítulo reservado aos direitos fundamentais sociais em nossa Constituição foram contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos. Por essas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina,¹³ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que já foi objeto de detida análise. Ademais, a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, nesse particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.¹⁴

Se até o presente momento não se registram maiores dificuldades, o mesmo não ocorre quando nos deparamos com o problema do significado e alcance do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, especialmente no que tange ao problema de sua eficácia e

13. Nesse sentido, por exemplo, F. Piovesan, *Proteção Judicial*, p. 90, que sustenta a viabilidade de uma interpretação extensiva da norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, v. também D. Dimoulis, "Dogmática dos Direitos Fundamentais. Conceitos Básicos", in: *Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, ano 5, nº 2 (2001), p. 22; C. M. Clève, "O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais", in: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*", vol. IV, p. 295.

14. Essa a lição, entre outros, de J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 124-6. Assim também J. C. Nabais, *Os Direitos Fundamentais*, p. 10-2.

aplicabilidade. Já quanto a esse ponto, a controvérsia que se trava no seio da literatura jurídico-constitucional conduz a tudo, menos a um juízo seguro sobre a matéria. As diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam, por exemplo, que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei,¹⁵ e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.¹⁶

Antes, contudo, de adentrarmos o exame específico da eficácia das diversas categorias de direitos fundamentais (já que distintos quanto à sua função e forma de positivação), ocupar-nos-emos com a tentativa de compreender o sentido que pode ser atribuído, de forma geral, à norma contida no art. 5º, § 1º, da CF. Nesse contexto, verificar-se-á que até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os “permaneçam letra morta no texto da Constituição”,¹⁷ de tal sorte que podemos considerar tal constatação como um dos esteios de nossa construção, tomando-a como ponto de partida para as considerações que irão seguir. Há que perguntar, todavia, se a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceitos que (independentemente de outros fatores) não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando uma intervenção do legislador. Na verdade, é preciso ter em mente que foi justamente a constatação da existência de normas desta natureza entre os direitos fundamentais que serviu como argumento para os que sustentam a tese de que o comando da aplicabilidade imediata não pode prevalecer em face das características normativas e estruturais

15. Essa a posição de M. G. Ferreira Filho, in: *RPGESE* nº 29 (1988), p. 35 e ss., um dos mais ilustres representantes desta corrente.

16. Nesse sentido, posicionam-se, entre outros, E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e R. R. Ruschel, in: *AJURIS* nº 58 (1993), p. 294 e ss.

17. Assim, por exemplo, leciona M. G. Ferreira Filho, in: *RPGESE* nº 29 (1988), p. 38.

(enfim, contra a natureza das coisas) de determinados direitos fundamentais. Em outros termos, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF não teria o condão de impedir que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização venham a alcançar sua plena eficácia tão somente após uma *interpositio legislatoris*, não gerando, antes que tal ocorra, direito subjetivo para o titular.

Diversa é a posição de Celso Bastos, que, situando-se numa esfera já intermediária no que tange às concepções extremas referidas,¹⁸ já foi mais além, ao sustentar que os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este apenas será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.¹⁹

Outra posição merecedora de destaque e que já foi objeto de menção, situando-se já no extremo mais otimista, advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF).²⁰

Sem enfrentar – ainda – o mérito dessas e de outras posições garimpadas em nossa doutrina, cumpre salientar, desde já, que, inobstante a análise dos diversos instrumentos para assegurar a proteção judicial dos

18. De acordo com W. Steinmetz, “O dever de aplicação imediata ...”, op. cit., p. 121, a nossa posição também seria intermediária.

19. Cf. C. R. Bastos e I. G. Martins, *Comentários II*, p. 393.

20. Essa – como já visto – a posição adotada por E. R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 322 e ss., e por R. R. Ruschel, in: *AJURIS* nº 58 (1993), p. 294 e ss.

direitos fundamentais contra ações ou omissões dos poderes públicos se encontre diretamente vinculada (ao menos de forma preponderante) ao problema da efetivação dos direitos fundamentais, de modo especial, no que tange à sua efetiva proteção por intermédio dos tribunais, aspecto que não constitui objeto de nosso estudo, haveremos de fazer as referências indispensáveis aos institutos processuais de matriz constitucional, na medida em que necessárias para o esclarecimento das questões postas relativamente à aplicabilidade e eficácia. Por esse motivo, renunciamos a qualquer pretensão de completude e de aprofundamento nesta seara, limitando-nos a considerações pontuais e de natureza acessória.

No que concerne aos instrumentos processuais referidos, entendemos ser possível advogar o ponto de vista de acordo com o qual a previsão constitucional de institutos da natureza de um Mandado de Injunção contra omissões dos poderes públicos e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta, pelo menos, em toda a sua extensão, e a sua plenitude eficaz, sendo, pelo contrário, justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados,²¹ o que reforça a ideia de que o Mandado de Injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão se encontram, isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais, situando-se, contudo, em plano diverso – embora não incompatível – desta norma de natureza eminentemente (ao menos preponderantemente) material. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, por consagrar expressamente a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, tornaria dispensáveis – e até mesmo inaplicáveis à espécie – os institutos de cunho jurídico-processual referidos,²² que encontrariam sua serventia no

21. No que tange a esse aspecto, há que dar razão a M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 38.

22. Esse argumento, de certa forma, parece corresponder ao ponto de vista sustentado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ilustre integrante do nosso Supremo Tribunal Federal, que, em seu voto proferido no julgamento do Mandado de Injunção nº 438 (*in: RDA* nº 201 [1995], p. 166 e ss.), opinou pelo não conhecimento da ação, sob o argumento de que a norma contida no art. 37, inc. VII, da CF – direito de greve dos servidores públicos – constitui norma de eficácia contida (restringível), sendo de aplicação direta e eficácia plena. Considerando que – de acordo com o que sustentamos alhures – também o direito de greve dos servidores públicos pode ser considerado autêntico direito fundamental fora do catálogo

que diz com as demais normas constitucionais carentes de concretização. Isto significaria, em última análise, que, no caso de um descumprimento (por omissão) de algum direito fundamental e não sendo possível (ou não sendo necessária) a utilização do Mandado de Injunção ou do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, os órgãos judiciários e administrativos (se da administração não se originar a omissão) estariam em tese aptos a – desde logo e em qualquer procedimento – aplicar diretamente a norma em questão, conferindo-lhe plena eficácia, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa. Na verdade, constata-se que esta argumentação, ainda que baseada em premissas parcialmente diferenciadas, se aproxima da posição que sustenta a aplicabilidade direta e eficácia plena de todos os direitos fundamentais.

Todavia, por mais sedutora que nos pareça a tese dos que propugnam, em última análise, a inexistência de normas programáticas na Constituição, com base numa exegese que integra aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e os institutos do Mandado de Injunção e da inconstitucionalidade por omissão, entendemos não corresponder ela ao nosso sistema constitucional vigente. Em primeiro lugar, há que ter em mente a circunstância, embasada na paradigmática lição de Gomes Canotilho, de que a nossa Constituição (assim como as Constituições em geral) pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios.²³ Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão “normas programáticas”, isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente – em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positividade, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas.²⁴ Nesse sentido, basta aqui uma breve referência ao esquema classificatório proposto por Luís R. Barroso, que identifica nas normas programáticas

e sendo a ele, portanto, aplicável o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, haveria, em tese, como argumentar em favor da tese de que o Mandado de Injunção não se aplica em se tratando de direitos fundamentais, já que estes são diretamente aplicáveis.

23. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 171 e ss.

24. A respeito do conceito, conteúdo e significado das normas programáticas no direito constitucional brasileiro, v., por todos, a paradigmática obra de R. M. M. Nery Ferrari, *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

uma das três categorias nas quais se dividem as normas constitucionais.²⁵ O próprio Gomes Canotilho, em que pese sustentar a inexistência de normas programáticas (no sentido de meras proclamações de cunho político e destituídas de juridicidade), admite que numa Constituição, ao lado das normas organizacionais e definidoras de direitos e garantias, convivem normas que se caracterizam por estabelecer fins e tarefas a serem implementados pelo Estado, além de normas de cunho impositivo, contendo imposições legiferantes e ordens concretas de legislar,²⁶ propugnando, em outra passagem de seu monumental curso de direito constitucional, a existência de normas-programa.²⁷

De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição.²⁸ Ademais, há quem diga – e não se trata de vozes isoladas – que as normas programáticas exercem importante função na ordem constitucional, atuando como verdadeiras válvulas de natureza ideológica, resultando dos compromissos políticos estabelecidos por ocasião do momento constituinte com o objetivo de atender aos reclamos das diversas facções e grupos sociais.²⁹ Por derradeiro, não se deve desconsiderar a existência, no próprio catálogo dos direitos fundamentais, de preceitos que assumem a feição de normas programáticas ou, no mínimo, de normas que estabelecem programas, fins e tarefas para os órgãos estatais, bem como ordens dirigidas ao legislador, do que dão conta os exemplos já referidos e aos quais aqui não pretendemos retornar.³⁰

25. Cf. L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 113 e ss.

26. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 184-6.

27. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 189-90.

28. Sobre as funções e importância das normas programáticas v., entre nós, especialmente as contribuições de J. A. da Silva, *Aplicabilidade*, p. 130 e ss. e, mais recentemente, de P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 218 e ss., em que pese a existência de diversos outros trabalhos de inequívoco valor sobre o tema.

29. Nesse sentido, v. a lição de M. O. F. Figueiredo Santos, in: *RDP* nº 86 (1988), p. 143. Para uma releitura do problema das assim chamadas normas programáticas v., em especial, C. Santos Botelho. *Os direitos sociais em tempos de crise*, Coimbra: Almedina, 2015.

30. A esse respeito, v. também a posição e os exemplos de L. R. Barroso, *O Direito Constitucional*, p. 113 e ss. Não esqueçamos, por outro lado, que talvez a maior parte dos direitos

Tendo em vista que haveremos de nos debruçar sobre a problemática específica da eficácia das normas programáticas, isto é, dos direitos fundamentais que assumem esta forma no que diz com a técnica de sua positivação, basta-nos, por ora, a certeza de sua existência, ao que se soma a constatação já feita de que todas as normas constitucionais – inclusive as chamadas de programáticas – são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Por outro lado, ainda que compartilhemos o ponto de vista que aceita (independentemente do problema da eficácia) a existência de normas programáticas, não acreditamos ser possível sustentar a concepção de acordo com a qual desnecessária ou, no mínimo, supérflua, a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF considerando esta como uma fórmula destituída de conteúdo, na medida em que não tem o condão de outorgar às normas carentes de concretização sua plena eficácia.³¹ Tal constatação, que não parece corresponder à vontade do Constituinte, nos reconduz, todavia, ao cerne da problemática posta neste item, ou seja, a de desvendar o significado da aplicabilidade imediata para os direitos fundamentais.

Se voltarmos no tempo e retomarmos as posições clássicas a respeito da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, verificaremos que já a doutrina norte-americana do século XIX e, entre nós, Ruy Barbosa, seu mais ilustre e ardoroso defensor, não questionavam que os direitos e garantias constituíam normas de natureza autoaplicável (ou autoexecutável), não dependendo de atuação legislativa para sua aplicação aos casos concretos e para que viessem a gerar a plenitude de seus efeitos.³² Tal entendimento, contudo, não deve conduzir – em nosso sentir – à equivocada conclusão de que nas Constituições contemporâneas, de modo especial nas que consagram um Estado Social, todos os direitos fundamentais podem, sem qualquer exceção, ser enquadrados nesta categoria. Não se deve olvidar, nesse contexto, que a doutrina clássica, tal como formulada por Ruy Barbosa, não conhecia (e, na verdade, nem poderia) os direitos econômicos, sociais e culturais de natureza prestacional hodiernamente

fundamentais de cunho programático se encontra fora do catálogo (Título II da Constituição), sendo que alguns dos exemplos referidos justamente se enquadram nesta hipótese.

31. Esse, contudo, parece ser o ponto de vista de M. G. Ferreira Filho, *in: RPGESP* nº 29 (1988), p. 43, quando sustenta que “não é o art. 5º, § 1º, que fará autoaplicável o que não pode ser autoaplicável”.

32. Cf. R. Barbosa, *Commentários II*, p. 483 e ss.