

A Eficácia dos Direitos Fundamentais

Fabio Roberto de Luca Barroca

Aluno do 5º ano matutino da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

Resumo: Os direitos fundamentais não são direitos ilimitados ou absolutos. Possuem limites e condicionamentos próprios, que estabelecem o alcance de cada preceito e sua real força jurídica no ordenamento em que são consagrados. Apesar de sua “fundamentalidade”, estão condicionados à estrutura jurídico-constitucional e à própria estrutura organizacional de cada Estado ou sociedade. O grau de efetividade de cada direito deve ser analisado em cada caso concreto, interpretando-se restritivamente a regra constitucional contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Em qualquer caso, demandam do Estado sua maximização, ou seja, cada órgão estatal tem o dever de garantir aos direitos fundamentais a maior eficácia e realização possíveis, tendo em vista que a própria ordem constitucional lhes confere posição privilegiada em relação às demais normas que compõe o nosso ordenamento.

Palavras-chave: constituição; direitos; liberdades; conteúdo; limites; aplicabilidade; imediata; eficácia.

Surgimento e evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do Poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como *direitos fundamentais*.¹

Estes são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos².

A história dos direitos fundamentais está diretamente ligada ao aparecimento do constitucionalismo, no final do século XVIII, que, entretanto, herdou da idade média as idéias de contenção do poder do Estado em favor do cidadão, sendo exemplo mais relevante neste sentido a célebre *Magna Carta*, escrita na Inglaterra, em 1215, pela qual o Rei João Sem Terra reconhecia alguns direitos dos nobres, limitando o poder do monarca. Ora, com todas as ressalvas que se possa fazer quanto ao seu papel como marco na história dos direitos fundamentais, inegável é que nela temos o estabelecimento de limites ao poder absoluto, limites estes que decorrem do reconhecimento de direitos sobre os quais o rei não poderia se espalhar³.

Os mais importantes antecedentes históricos das Declarações de direitos humanos fundamentais encontram-se, juntamente com a *Magna Charta Libertatum de 1215*, na *Petition of Right*, de 1628, no *Habeas Corpus Act*, de 1679, no *Bill of Rights*, de 1689, e no *Act of Settlement*, de 1701⁴. Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais. A constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a *common law*, fora suficiente, com aqueles documentos históricos, para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem⁵.

Posteriormente, e com idêntica importância, na evolução dos direitos humanos encontramos a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.⁶

As Declarações de Direito americanas, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. Contudo a Declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson e posterior à Declaração de Virgínia, teve maior repercussão, ainda que não tivesse natureza jurídica como esta última⁷.

A consagração normativa dos direitos humanos fundamentais, porém, coube à

¹ MORAES, 2005:21.

² COMPARATO, 2003:57.

³ NETO, 1993:57.

⁴ MORAES, 2005:7.

⁵ SILVA, 1993:139.

⁶ MORAES, 2005:7.

⁷ SILVA, 1993:142.

França, quando, em 26 de Agosto de 1789, a Assembléa Nacional promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com 17 artigos. Dentre as inúmeras e importantíssimas previsões, podemos destacar os seguintes direitos humanos fundamentais: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento.

A maior efetivação dos direitos humanos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 1812, a Constituição portuguesa de 1822, a Constituição belga de 1831 e a Declaração francesa de 1848.⁸

O início do século XX trouxe diplomas constitucionais fortemente marcados pelas preocupações sociais, como se percebe por seus principais textos: Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimer de 1919, Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, seguida pela primeira Constituição Soviética de 1918 e Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 1927.⁹

No Brasil, a Constituição Política do Império, de 1824, previa em seu título VIII – “Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” (*sic*) – extenso rol de direitos humanos fundamentais. O artigo 179 possuía 35 incisos, consagrando direitos e garantias individuais, tais como: princípios da igualdade e legalidade, livre manifestação de pen-

samento, impossibilidade de censura prévia, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade competente, fiança, princípio da reserva legal e da anterioridade da lei penal, independência judicial, princípio do juiz natural, livre acesso aos cargos públicos, abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as penas cruéis, individualização da pena, respeito à dignidade do preso, direito de propriedade, liberdade de profissão, direito de invenção, inviolabilidade das correspondências, responsabilidade civil do Estado por atos dos funcionários públicos, direito de petição, gratuidade do ensino público primário.¹⁰

A existência de um rol onde os direitos humanos fundamentais fossem expressamente declarados foi novamente repetida pela 1ª Constituição republicana, de 1891, que em seu Título III – Seção II previa a Declaração de Direitos.¹¹

Além dos tradicionais direitos e garantias individuais que já haviam sido consagrados pela Constituição anterior, pode-se destacar as seguintes previsões estabelecidas pelo artigo 72: gratuidade do casamento civil, ensino leigo, direitos de reunião e associação, ampla defesa, abolição das penas das galés e do banimento judicial, abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, *habeas corpus*, propriedade de marcas de fábrica, Instituição do Júri.¹²

A tradição de as Constituições brasileiras preverem um capítulo sobre direitos e garantias foi mantida pela Constituição de 1934, que repetiu, em seu artigo 113 e seus 38 incisos, o extenso rol de direitos humanos fundamentais, acrescentando: consagra-

⁸ MORAES, 2005:11.

⁹ MORAES, 2005:12.

¹⁰ MORAES, 2005:14.

¹¹ MORAES, 2005:14.

¹² MORAES, 2005:14.

ção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, escusa de consciência, direitos do autor na reprodução de obras literárias, artísticas e científicas, irretroatividade da lei penal, impossibilidade de prisão por dívidas, multas ou custas, impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro, assistência jurídica gratuita, mandado de segurança e ação popular.¹³

A Constituição de 1937 também consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu artigo 122. Além da tradicional repetição dos direitos humanos fundamentais clássicos, trouxe como novidades constitucionais os seguintes preceitos: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares, criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.¹⁴

A Constituição de 1946, além de prever um capítulo específico para os direitos e garantias individuais, estabeleceu em seu artigo 157 diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados seguindo, pois, uma tendência da época. Além disso, previu títulos especiais para a proteção à família, educação e cultura (Título VI).¹⁵

O artigo 141 da referida Constituição passou a utilizar-se de nova redação, posteriormente seguida pelas demais Constituições, inclusive a atual. Assim, em seu *caput* proclamava: A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabi-

lidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes (...). Após essa enunciação, trazia um rol de 38 parágrafos com previsões específicas sobre os direitos e garantias individuais. Além das tradicionais previsões já constantes nas demais Constituições, podemos ressaltar as seguintes: A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual; para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder; contraditório, sigilo das votações, plenitude de defesa e soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, reserva legal em relação a tributos, direito de certidão.¹⁶

A Constituição de 1967 igualmente previa um capítulo de direitos e garantias individuais e um artigo (158) prevendo direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria de sua condição social.¹⁷

Seguindo a tradição brasileira de enumeração exemplificativa, a redação do artigo 150 muito se assemelhava à redação da Constituição anterior e trouxe como novidades: sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri, previsão de regulamentação da sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil pela Lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*.¹⁸

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que produziu inúmeras e profundas alterações na Constituição de 1967, inclusive em relação à possibilidade de excepcionais restrições aos

¹³ MORAES, 2005:15.

¹⁴ MORAES, 2005:15.

¹⁵ MORAES, 2005:15.

¹⁶ MORAES, 2005:15.

¹⁷ MORAES, 2005:15.

¹⁸ MORAES, 2005:16.

direitos e garantias individuais, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos humanos fundamentais.¹⁹

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero “direitos e garantias fundamentais”:

Os direitos individuais e coletivos correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito da pessoa humana e de sua própria personalidade, como a vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no artigo 5º.

Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o artigo 1º, inciso IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do artigo 6º.

Os direitos de nacionalidade têm fundamento, obviamente, na nacionalidade, que é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.

Os direitos políticos são o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status*

activae civitatis, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no artigo 14.

Quanto aos direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.

Além da citada classificação constitucional dos direitos humanos fundamentais, a doutrina enumera inúmeras e diferentes classificações terminológicas sobre o tema, sem, contudo, apresentar diferenciações essenciais em relação ao seu tratamento.

O Direito Constitucional Português, por exemplo, classifica os direitos humanos fundamentais em: direitos, liberdades e garantias pessoais; direitos, liberdades e garantias de participação política; direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores; e direitos econômicos, sociais e culturais.²⁰

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Carta*.

¹⁹ MORAES, 2005:16.

²⁰ ANDRADE, 1987.

Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, surgidos no início do século XX.

Por fim, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.

Na conclusão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999:57), "a primeira geração seria a dos direitos de liberdade; a segunda, dos direitos de igualdade; a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade".

Limites dos Direitos Fundamentais

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais, portanto, não são absolutos nem ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal.

Não o são na sua dimensão subjetiva, pois os preceitos constitucionais não remetem ao arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse.

Até mesmo na época liberal-individualista os direitos fundamentais tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos.²¹

Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a comunidade não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários. Assim, além dos limites internos, que resultam do conflito entre os valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites externos, pois têm de conciliar as suas naturais exigências com as exigências próprias da vida em sociedade: a ordem pública, a ética ou moral social, a autoridade do Estado, a segurança nacional, etc..²²

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, expressamente, afirma que:

"Artigo XXIX

1. *Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.*
2. *No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*
3. *Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.*

²¹ O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reza: "A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por Lei".

²² ANDRADE, 1987:214

Artigo XXX

*Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração”.*²³

Pode-se dizer que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Ressalte-se, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdade individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade.²⁴

Nestes termos, pode-se afirmar que o problema dos limites dos direitos fundamentais se coloca, afinal, na maior parte dos casos, como um conflito prático de valores – entre os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários.²⁵

Dessa forma, quando há o conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve coordenar e combinar bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.²⁶

Porém, esse conflito não se apresenta sempre da mesma maneira e assume, visto da perspectiva do direito limitado, formas diferentes.

O Direito português identifica três tipos de conflitos ou limitações aos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais têm os seus limites imanescentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe, ou seja, a limitação do direito atinge o seu próprio âmbito de proteção constitucional, de tal maneira que exclui em termos absolutos certas formas ou modos do seu exercício.²⁷

São limites máximos de conteúdo, limites que se equiparam aos limites do objeto, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger, ou melhor, da parcela da realidade incluída na respectiva hipótese normativa (propriedade, domicílio, etc.).

Outras vezes a limitação aos direitos fundamentais resulta dos compromissos naturais entre valores constitucionais que concorrem diretamente em determinados tipos de situações e que, nessas circunstâncias, reciprocamente se limitam. Estamos diante das colisões de direitos ou conflitos em sentido estrito.²⁸

Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. A esfera de proteção de um certo direito é constitucionalmente protegida em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional.

²³ COMPARATO, 2003:237.

²⁴ MORAES, 2005:30.

²⁵ ANDRADE, 1987:214.

²⁶ MORAES, 2005:29.

²⁷ ANDRADE, 1987:215.

²⁸ ANDRADE 1987-715

Noutros casos, ainda, a limitação resulta de uma intervenção normativa dos poderes públicos para salvaguarda de valores constitucionais. Essa intervenção é reservada ao Poder Legislativo.

Muitas vezes as normas e princípios constitucionais têm necessariamente um certo grau de imprecisão ou fluidez e estão, por isso, com alguma frequência, demasiado longe da realidade para poderem garantir, na prática, a clareza e a segurança desejáveis nas relações da vida social. Invocando esse fato, o legislador edita normas ordinárias destinadas a regular a aplicação dos preceitos constitucionais, fixando melhor os contornos dos direitos e deveres dos cidadãos ou, em certos casos, restringindo mesmo alguns deles, a fim de permitir a realização ou de defender valores comunitários.²⁹

Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

Conforme dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte, destacando-se, neste contexto, o artigo 332 da Constituição do Uruguai e o artigo 18, nº 1 da Constituição Portuguesa³⁰ que, por sua vez, se inspirou no exemplo da Lei Fundamental Alemã, que previu em seu artigo 1º que os direitos fundamentais vinculam o legislador, a administração e o Poder judicial como direito de validade imediata.³¹

A doutrina pátria ainda não é uniforme no que concerne ao significado e alcance do preceito em exame, exigindo o exame da abrangência da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais, ou se restrita aos direitos elencados no artigo 5º da Constituição.

Em que pese a circunstância de que a situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição, apenas aos direitos individuais e coletivos, o fato é que esse argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica “direitos e garantias fundamentais”, 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, como já visto, aos designados direitos individuais e coletivos do citado artigo 5º.

Chega-se à mesma conclusão se se optar por uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo, percebendo-se, desde logo, que a Constituição não pretendeu excluir do âmbito do Artigo 5º, § 1º os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais, cujo caráter fundamental parece indiscutível.³²

Também não procede no direito pátrio a concepção lusitana, de acordo com a qual a norma que consagra a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange apenas os direitos, liberdades e garantias que, em princípio, correspondem aos direitos de defesa, excluindo deste regime reforçado os direitos econômicos, sociais e culturais.³³ A nossa Constituição não estabeleceu distinção de 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.

Há que se perguntar, todavia, se a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição possui, por si só, força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente

²⁹ ANDRADE, 1987:224.

³⁰ SARLET, 1998:235.

³¹ ANDRADE, 1987:254.

³² SARLET, 1998:236.

³³ ANDRADE, 1987:300.

te aplicáveis e dotadas de plena eficácia, ainda que se cuide de preceitos que não receberam do Constituinte normatividade suficiente para tanto, reclamando do legislador uma intervenção.

Parte da doutrina sustenta que a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.³⁴

Outros sustentam o ponto de vista segundo o qual a norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição, estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo.³⁵ Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras desses direitos, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juizes e tribunais, na medida em que o Judiciário não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Se se aderir ao entendimento de que a norma contida no artigo 5º, § 1º da Consti-

tuição Federal não possui a força de transformar uma norma incompleta e carente de concretização em direito imediatamente aplicável e plenamente eficaz, poder-se-ia reconhecer que se cuida de fórmula destituída de conteúdo. Neste caso, efetivamente não existiriam maiores diferenças entre os direitos fundamentais e os demais dispositivos da Constituição, o que não pode ser aceito tendo em vista a previsão expressa de dispositivo análogo em outras Constituições, a não ser que se parta da premissa de que também estas nada mais fizeram do que criar preceito inócuo e desnecessário.

Mas também se se aderir ao entendimento de que todos os direitos fundamentais podem, por força do artigo citado, ser considerados normas diretamente aplicáveis e alcançar sua plena eficácia independentemente de qualquer ato concretizador, estaria se admitindo interpretação extremada do dispositivo, o que deve ser avaliado com certa cautela.

Que o Judiciário possa viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes pode ser aceito em diversas hipóteses e até mesmo como regra geral, o que não significa a inexistência de limites a esta atividade. Ainda que pudesse argumentar que a remoção de lacunas pelos órgãos judiciários em todos os casos concretos é, ao menos em tese, sempre possível, inexistindo qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes, há certas barreiras que impedem que se possa acolher de forma absoluta a solução proposta. Com efeito, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, verifica-se que os limites da reserva do possível, da falta de qualificação ou legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos, bem como a colisão com outros direitos fundamentais podem, dentre outros aspectos, exercer uma influência decisiva.³⁶

³⁴ SARLET, 1998:243.

³⁵ SARLET, 1998:244.

³⁶ SARLET, 1998:245.

Pode-se constatar que o significado da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal exige solução de natureza intermediária, para que se alcance as melhores possibilidades de afirmação e realização prática. Assim, também na esfera dos direitos fundamentais há como sustentar a distinção entre dois grupos de normas, quais sejam, as que, em virtude de sua insuficiente normatividade, não se encontram em condições de, independentemente de uma intervenção do legislador, gerar a plenitude de seus efeitos, e aquelas que, por dotadas de suficiente normatividade, não reclamam ato de natureza concretizadora para que possam ser imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançar, desde logo, sua plena eficácia.³⁷

Partindo-se dessa distinção, conclui-se que a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, § 1º da Constituição é a que a considera norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.³⁸

“Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o quantum em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma

*presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem um interpositio legislatoris, além de gerarem – em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que no concernente aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de princípio geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto.”*³⁹

Se todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado pelo artigo em comento, pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.⁴⁰

Pode-se afirmar ainda que os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado, não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à

³⁷ SARLET, 1998:245.

³⁸ SARLET, 1998:245.

³⁹ SARLET, 1998:246.

⁴⁰ SARLET, 1998:246.

gradação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade. Não por outro motivo já se afirmou que, em certo sentido, os direitos fundamentais, governam a ordem constitucional.⁴¹

Conclusão

Os direitos fundamentais aparecem, fundamentalmente, como liberdades, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado. Liberdades individuais que, no entanto, não podem ser caoticamente ou anarquicamente entendidas, pois atuam num contexto social e político, onde se procura a compatibilização entre direitos individuais e coletivos, que não podem negar-se entre si, mas coexistir buscando um mesmo ideal.

No entanto, o caráter jurídico-positivo dos preceitos definidores desses direitos, apresenta um problema de efetividade, isto é, uma questão do grau ou intensidade da sua real força normativa, medida pela capacidade do ordenamento jurídico-constitucional de assegurar a sua realização na vida comunitária.

Bibliografia

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Apesar da dificuldade de mensuração da capacidade de realização prática de cada direito fundamental, a Constituição nos fornece uma regra de interpretação e aplicação desses direitos. Assim, o Estado, representado por todos seus órgãos, deve conferir a tais direitos um privilégio com relação aos demais direitos constantes de nosso ordenamento jurídico. Esse privilégio decorre de seu caráter essencial, no sentido de que não podem ser suprimidos de qualquer forma, sob pena de lhes retirar sua fundamentalidade.

Poder-se-á dizer que os direitos de caráter fundamental estão acima de todo sistema jurídico, pois exercem influência direta na aplicação e determinação de cada direito individual ou coletivo, isto é, não são os direitos fundamentais que são interpretados de acordo com a Constituição, mas é esta que é construída ao redor daqueles, com a finalidade precípua de garantir sua efetivação. Porém não são direitos ilimitados, ao que pode parecer, mas devem respeitar o conteúdo mínimo de todos os outros direitos fundamentais, e sua aplicação deve ser subordinada à estrutura organizacional de cada sociedade. A eficácia dos direitos fundamentais é proporcional ao próprio poder de concretização da ordem jurídica de cada Estado.

⁴¹ SARLET, 1998:247.

NETO, Floriano Azevedo Marques. *Conceito e evolução dos direitos fundamentais*. Vol. 2, nº 5, p. 54. Out/Dez 1993. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.

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

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.