

**A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL: AVANÇOS E PERSPECTIVAS DO DISCURSO JUSFUNDAMENTAL DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO**

**THE 1998 CONSTITUTION AND THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW IN BRAZIL: ADVANCE AND PERSPECTIVES OF FUNDAMENTAL RIGHTS DISCOURSES OF THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION**

**Dirley da Cunha Júnior\***

**RESUMO**

O trabalho investiga, a partir dos auspícios do neoconstitucionalismo e do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, as possibilidades e os limites da efetividade do discurso constitucional. Abordar-se-á, com base no direito fundamental à efetivação da Constituição, a eficácia dos direitos fundamentais, assim como o renovado papel do Poder Judiciário, a partir da Constituição Federal de 1988, na sua atividade de concretizar tais direitos.

**ABSTRACT**

The work investigates, from the auspices of neoconstitutionalism and the new paradigm of the Constitutional State of Law, the possibilities and limits of the effectiveness of the constitutional discourse. The effectiveness of fundamental rights, as well as the renewed role of the Judiciary, based on the Federal Constitution of 1988, in its activity of concretizing these rights will be examined, based on the fundamental right to the effectiveness of the Constitution.

**1 NEOCONSTITUCIONALISMO, ESTADO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

O constitucionalismo moderno, forjado no final do século XVIII a partir dos ideais iluministas da limitação do poder por meio da lei, permaneceu inquestioná-

---

\* Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Teoria da Constituição, Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional Comparada e Direitos Fundamentais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

vel entre nós até meados do século XX, ocasião em que se originou, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a legitimidade e a compreensão de todo o Direito e a estabelecer deveres de atuação para os órgãos de direção política.

Esse pensamento, que recebeu a sugestiva denominação de “neoconstitucionalismo”, proporcionou o florescimento de um novo paradigma jurídico: o *Estado Constitucional de Direito*.

Isso se deveu notadamente em razão do fracasso político do modelo de Estado Legislativo de Direito, no âmbito do qual o mundo, pasmado, testemunhou uma das maiores barbáries de todos os tempos, com o genocídio cometido pelo governo nacional socialista alemão provocando o holocausto que exterminou milhões de judeus, pelos nazistas, entre 1939 e 1945, nos países ocupados pelas tropas do Reich hitlerista.

Com efeito, até a Segunda Grande Guerra Mundial, a teoria jurídica vivia sob a influência do *Estado Legislativo de Direito*, onde a Lei e o Princípio da Legalidade eram as únicas fontes de validade do Direito, na medida em que uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido *posta* por uma autoridade dotada de competência legal<sup>2</sup>.

O *neoconstitucionalismo* representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O *neoconstitucionalismo* destaca-se, nesse contexto, como uma *nova teoria jurídica*<sup>3</sup> a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da *força normativa da Constituição*, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependem não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais. Para Ferrajoli<sup>4</sup>, a validade das leis, que no paradigma

2 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 16.

3 Sem embargo, é forçoso reconhecer que, como anota Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo, seja em sua aplicação prática, como em sua dimensão teórica, é algo que está por vir. Não se trata, como afirma o autor, de uma teoria consolidada. CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 11.

4 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.

do Estado Legislativo de Direito estava dissociada da justiça, se dissocia agora também da validade, sendo possível que uma lei formalmente válida seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com os valores prestigiados pela Constituição. Isto porque, conclui o autor italiano, no paradigma do Estado Constitucional de Direito, a Constituição não apenas disciplina a forma de produção legislativa como também impõe proibições e obrigações de conteúdo, correlativas umas aos direitos de liberdade e outras aos direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de constatar para que sejam eliminadas ou corrigidas.

Mas não é só. O neoconstitucionalismo também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos. Com efeito, se no passado as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais) e *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde)<sup>5</sup>.

O neoconstitucionalismo, portanto, – a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas – deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, ao fenômeno da *constitucionalização do Direito* a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica.

Com a constitucionalização do Direito, evidencia-se a posição de proeminência dos textos constitucionais, que passam a influenciar todos os setores da vida política e social em Estado Democrático. Na formulação conceitual de Guastini<sup>6</sup>, a constitucionalização do Direito é um processo de transformação de um ordenamento jurídico ao fim do qual a ordem jurídica em questão resulta totalmente *impregnada* pelas normas constitucionais, que passam a condicionar tanto a legislação com a jurisprudência, a doutrina, as ações dos atores políticos e as relações sociais.

O referido autor chega a apresentar uma lista de sete condições para a caracterização do fenômeno da constitucionalização do Direito, a saber: 1) a existência de uma Constituição rígida; 2) a garantia judicial da Constituição; 3) a força normativa

5 Nesse sentido, conferir BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 25 set. 2006.

6 GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação das leis conforme a Constituição, e 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

Ademais, foi especialmente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, o reconhecimento da *força normativa dos princípios*, situação que tem propiciado a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A emergência do *neoconstitucionalismo* logrou propiciar o reconhecimento da dupla dimensão *normativo-axiológico* das Constituições contemporâneas, ensejando a consolidação de uma teoria jurídica material ou substancial assentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais. Nesse contexto, o discurso jurídico, antes associado a uma concepção formal e procedimentalista, evolui para alcançar uma vertente *substancialista* preocupada com a realização dos valores constitucionais.

Em síntese perfeita, Luís Roberto Barroso<sup>7</sup> apresenta a contribuição do neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional contemporâneo:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

A Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil um Estado Constitucional de Direito, fundado na prevalência da Constituição e dos valores democráticos. Dá início a uma nova era: a era do respeito da dignidade da pessoa humana e da afirmação dos direitos fundamentais, como valores supremos e indispensáveis à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Outrora considerada apenas um valor, um sentimento de reconhecimento a ensejar uma mera expectativa de respeito e apreço, a dignidade da pessoa humana, na atual quadra, foi alçada à categoria normativo-constitucional fundamentadora da organização do Estado e justificadora de seus fins. A dignidade da pessoa humana torna-se um princípio jurídico positivado na Constituição brasileira de 1988 e em quase todas as Cons-

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, p. 123, 2005. grifo nosso.

tuições do mundo após a Segunda Grande Guerra. Apresenta-se como um *valor normativo supremo* de toda sociedade, fundamento ético e jurídico sobre o qual assenta o edifício estatal, fonte de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, que estabiliza o poder e garante as liberdades, que condiciona a legitimidade da atividade estatal e emancipa o homem. Por essa razão, toda pessoa humana é *necessariamente* merecedora de respeito e consideração, sendo o *fim em si mesmo* e o centro em torno do qual devem gravitar todas as políticas públicas indispensáveis à garantia de condições *existenciais mínimas* para uma vida feliz.

De fato, preocupada em proporcionar a plena felicidade e a solidariedade entre as pessoas, a *Norma das normas* eleva a pessoa humana a fundamento maior do Estado e à centralidade dos sistemas jurídico-político. E isso tem um significado importante, na medida em que todos os fenômenos jurídicos, sociais e políticos devem ser compreendidos e decididos a partir da necessidade de proteção da pessoa humana e da exigência de se garantir um sentimento de solidariedade entre as pessoas.

Essa evolução de paradigma, com o reconhecimento da centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e da posição central dos direitos fundamentais nos sistemas constitucionais, tem propiciado o fortalecimento da posição, de há muito sustentada por nós, em defesa do reconhecimento de um direito fundamental à efetividade da Constituição e do controle judicial das políticas públicas<sup>8</sup>.

Nos tópicos que se seguem, parte-se para a investigação, conduzida sob os auspícios do neoconstitucionalismo e do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, das possibilidades e dos limites da efetividade do discurso constitucional. Abordar-se-á, assim, com base no direito fundamental à efetivação da Constituição, a eficácia dos direitos fundamentais, assim como o renovado papel do Poder Judiciário na sua atividade de concretizar tais direitos.

## 2 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE DIRETA E IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da implementação do Estado Constitucional de Direito e da concepção da Constituição como *norma jurídica fundamental*, dotada de *supremacia jurídica*, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é provida de *eficácia jurídica*, apenas variando sua carga eficaz, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isto significa que, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

8 Conferir, a propósito, o que escrevemos em: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 71-112; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 395-441.

Assim, não se pode sustentar que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, ficando reservada essa virtude para tão somente aquelas que desfrutam de uma plena eficácia jurídica, o que significa dizer que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação *imediata*, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar-se a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição adotada por este trabalho, que defende, à luz de um *direito fundamental à efetivação da Constituição*<sup>9</sup>, a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas, olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem. Por isso, no próximo item será examinada a aplicação imediata das normas dos direitos de defesa e de prestação. Tecemos, por ora, apenas as linhas gerais da posição aqui firmada.

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>10</sup>. A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se

9 Conferir, a propósito, o nosso trabalho CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

10 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 1º, nº 3<sup>11</sup>), a Constituição de Portugal, de 02 de abril de 1976 (art. 18º, n. 1<sup>12</sup>) e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, nº 1<sup>13</sup>), e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto, de forma inédita, o princípio da *aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais*. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento, pairando a seu respeito fértil testilha entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descorinar-se se ele é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se se limita aos direitos previstos tão somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele situar-se topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, a princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)<sup>14</sup>. Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “*direitos e garantias fundamentais*” – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.

Efetivamente, num exame contextual e finalístico da Constituição, perceberemos, sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, *em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza*. A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter recebido forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, não seguiu os passos desta, que fixou distintos regimes jurídico-constitucionais (arts. 17 e 18 da CRP) para os direitos, liberdade e garantias do Título II e para os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III, estabelecendo que o princípio da aplicabilidade imediata só alcance

11 ALEMANHA. Constituição. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Diário Oficial da Federação*, Bonn, 23 maio 1988. Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

12 PORTUGAL. Constituição. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, Lisboa, n. 86, 10 abr. 1976. Série I. Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

13 ESPANHA. Constituição. Constituição da Espanha. *Boletim Oficial do Estado*, Madrid, 29 dez. 1978. Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: “Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. [...]”.

14 No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet e Flávia Piovesan (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 240 et seq.; PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90). Em sentido contrário, recente obra de João Pedro Gebran Neto, onde sustenta que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. (GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 158 et seq.). Esse último autor é seguido por Sergio Fernando Moro (MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 73).

os primeiros. Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há de repousar a ideia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas em que consiste essa aplicabilidade imediata, ou ainda, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata? Se de referência ao ponto acerca da abrangência dessa norma a todos os direitos fundamentais, não há muita controvérsia; aqui, porém, concernente ao significado e conteúdo do princípio da imediata aplicação dessas normas, não falta controvérsia.

Na doutrina, vigem duas posições extremadas. Uma entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo<sup>15</sup>; e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa<sup>16</sup>.

A primeira posição, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Assim, não compartilhamos o entendimento segundo o qual é desnecessária a norma do art. 5º, § 1º, da CF porque, segundo defende essa posição, contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois, do contrário, se estaria atentando contra a *natureza das coisas*. Essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no § 1º do art. 5º é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo em comento, a ele recusando o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira<sup>17</sup>, comentando o art. 18º/1º da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para a adoção do nosso art.

15 Nesse sentido, por todos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo esse autor, a intenção que animou o Constituinte a inscrever na Constituição a cláusula da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais é compreensiva e louvável, uma vez que tem por objetivo evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Contudo, afirma o autor: “Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não-executável pela natureza das coisas”. Em seguida, arremata o autor: “Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.100.

16 Nesse sentido, também por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 311 et seq.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 164.

5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas preceptivas, normas de *eficácia imediata*, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas aplicam-se mesmo na *ausência de lei*. Canotilho<sup>18</sup>, em obra individual, reitera essa ideia, quando destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

[...] a rejeição da 'ideia criacionista' conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos 'direitos fundamentais dentro da reserva de lei' para a doutrina da reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

José Carlos Vieira de Andrade, também se pronunciando sobre o referido dispositivo constitucional português, que consagra o princípio da imediata aplicação das normas que versam sobre direitos, liberdades e garantias, defende que esse princípio, exatamente por ter a finalidade de revelar a aplicabilidade imediata dessas normas, independentemente de qualquer medida concretizadora, constitui um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo

[...] como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua 'perfeição', isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.<sup>19</sup>

Percebemos, pois, do pensamento do autor que o juiz está autorizado a proceder a mediação necessária para aplicação imediata dos direitos fundamentais. Enfim, para o citado autor,

[...] nos termos do n. 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias.<sup>20</sup>

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1104, grifo do autor.

19 ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 256-257, grifo nosso.

20 *Ibidem*, p. 140, grifo nosso.

Na doutrina espanhola, colhemos a importante opinião de Eduardo García de Enterría<sup>21</sup>, segundo o qual o art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola – que adota, igualmente, cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e tem o mesmo significado do art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn em que se inspirou – acrescentou um *plus* às normas definidoras de direitos fundamentais, que consiste justamente no fato de que tais direitos têm o caráter de direito *diretamente aplicável*, sem necessidade do intermédio do legislador.

Igualmente inescurecível a posição de Medina Guerrero<sup>22</sup>, para quem esse mesmo art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola produz duas consequências, quais sejam, a de impor à administração e aos tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação legislativa e a de vincular o legislador à Constituição, criando uma sujeição tanto na perspectiva negativa (importando na vedação ao legislador de autorizar qualquer intervenção dos poderes públicos que não esteja constitucionalmente fundamentada), quanto na perspectiva positiva (importando na determinação para que o legislador desenvolva plenamente a eficácia dos direitos fundamentais).

Finalmente, na literatura jurídica alemã apreendemos do pensamento de F. Müller<sup>23</sup> que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais revela que esses direitos estão especialmente reforçados nos seus âmbitos normativos, de modo que, em “virtude de sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”.

Na doutrina nacional, temos os escólios de Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan e Luís Roberto Barroso, para citar apenas alguns autores brasileiros que enfrentaram, com agudeza, o tema, defendendo a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, independentemente da intermediação legislativa.

Para Eros Grau<sup>24</sup>,

[...] o juiz não é, tão-somente, [...], a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um po-

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 73. É necessário esclarecer que, na Espanha, por força do art. 53, 3, da Constituição – situação que não existe no Brasil nem tem paralelo com o direito constitucional brasileiro – o princípio da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais não alcança os “principios rectores de la política social y económica”. Assim, segundo o próprio autor, o art. 53, 3, da Constituição Espanhola “condiciona la aplicabilidad judicial de los ‘principios rectores de la política social y económica’ a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo”. No mesmo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 54-61.

22 MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 4.

23 MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000. p. 78-79.

24 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 315-316, grifo do autor. Ainda a respeito da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, Grau afirma que essas “normas devem ser imediatamente cumpridas pelos particulares, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo. Significa, ainda, que o Estado também deve prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição do seu cumprimento, independentemente da produção de qualquer ato legislativo ou administrativo, e as tornando jurídica ou formalmente efetivas. Por essa razão é que tais normas já não têm mais caráter meramente programático, assumindo a configuração de preceitos auto-executáveis, aos quais o aplicador último do direito – o Poder Judiciário – deve conferir *efetividade jurídica* ou *formal*”.

der-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência de Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele – aliás – é um processo de perene recriação e mesmo de renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito – evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Segundo Piovesan<sup>25</sup>, a partir desse princípio em comento, todos os direitos fundamentais devem alcançar imediata aplicação, devendo os poderes públicos conferir a máxima eficácia a todas as normas definidoras desses direitos. Para tanto, segundo a autora, cabem aos órgãos judiciais

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras.

De acordo com Barroso<sup>26</sup>, ainda que se afirme ser de pouca lógica o princípio em causa, que prevê que as normas constitucionais são aplicáveis, o que é óbvio, haja vista que a Constituição existe para ser aplicada,

[...] parece bem a sua inclusão no Texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumpridas por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil [...].

Compartilhamos, sem dúvida alguma, a doutrina acima exposta. De feito, no seio da Assembleia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, § 1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembleia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “[...] objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores

25 PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90-91, grifo nosso.

26 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 142-143, grifo nosso.

da proposta<sup>27</sup>. O Deputado Gastone Righi, um dos idealizadores da proposição, ratificou a manifestação do Presidente da Assembleia, asseverando que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse<sup>28</sup>”.

Como se observa, era nítida a intenção do Constituinte<sup>29</sup> em evitar que os direitos fundamentais ficassem ao obséquio do legislador infraconstitucional. Neste particular, cumpre-nos recordar a doutrina de Häberle<sup>30</sup> a respeito da interpretação aberta e pluralista da Constituição, com base na qual podemos afirmar que aqueles debates parlamentares acima sumariados, a respeito da emenda que projetou a redação final do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, *constituíram verdadeira interpretação constitucional*. Ademais disso, também considerando o método histórico de interpretação do art. 5º, § 1º, da CF, e consciente de que deve o jurista perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as potencialidades dos comandos normativo-constitucionais, notadamente o ora sob investigação, firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. De mais a mais, e em reforço a esses argumentos, ainda nos cumpre anotar que, também com base em Häberle – como a realidade social conforma substancialmente a interpretação da Constituição –, a realidade consistente no desejo de todos pelo gozo imediato dos direitos fundamentais impõe que a interpretação do art. 5º, § 1º seja no sentido da aplicabilidade direta desses direitos.

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico *dever-poder* de

27 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

28 *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, p. 7314.

29 Em que pese o direito brasileiro não se alinhar à corrente *originalista* do direito norte-americano, que prestigia a vontade histórica do legislador, é inegável a importância que a investigação histórica tem para a interpretação das normas jurídicas, notadamente das normas constitucionais, servindo de poderoso critério ancilar na atividade do intérprete, desenvolvida na tentativa de apreender o sentido e o alcance da norma.

30 O autor sustenta que a interpretação constitucional dos “órgãos oficiais” não é nem deve ser a única, uma vez que os cidadãos, os grupos de interesses e a opinião pública em geral constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes da Constituição, porque: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indiretamente ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. A interpretação constitucional, para Häberle, é uma atividade que diz respeito a todos. Assim, ele propõe a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação: “É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista”. A propósito do que afirmamos no texto, Häberle lembra, em situação semelhante à acima cogitada, o debate constitucional do parlamento alemão de fevereiro de 1974, que constituiu uma interpretação constitucional antecipada: “Parlamentares tornam-se aqui intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. passim.

controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

É necessário deixarmos bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes. Hoje não mais se duvida nem se questiona – pelo menos no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora, que reclama pela renovação da clássica teoria da separação dos Poderes – a capacidade do Poder Judiciário, por meio de uma interpretação construtiva, de *criar* o Direito, de modo que os juízes e os tribunais são considerados autênticos *law-makers*.

Não se ignora, obviamente, a existência de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que, por exigência do Estado Social de Direito, prestam-se a fixar programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelos órgãos de direção política e que reclamam, por isso, mediação legislativa (as chamadas normas programáticas), tendo, portanto, em razão dessa função de prestação material social, uma eficácia limitada. Mas, nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata. Elas apenas exigem um esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, em face da vinculação de todos os órgãos públicos (eficácia vertical) e de todos os particulares (eficácia horizontal) aos direitos fundamentais e forte no que dispõem os princípios da aplicação imediata das normas definidoras desses direitos e da inafastabilidade do controle judicial, qualquer órgão do Judiciário encontra-se investido do dever-poder de aplicar imediatamente, diante do caso concreto, as normas de direitos fundamentais, assegurando o pleno gozo das posições subjetivas neles consagradas, seja qual for a natureza e a função desses direitos, e isso se dá independentemente de qualquer concretização legislativa.

Aliás, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata das normas de direitos fundamentais pelos juízes e tribunais, uma vez que, segundo aqui defendemos, o Judiciário, amparado no que dispõe o art. 5º, § 1º, combinado com esse mesmo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LINDB, segundo a qual “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”<sup>31</sup>.

31 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942.

Impende ressaltar, ademais, que o fato de a norma constitucional definidora de direitos fundamentais remeter ao legislador ordinário a tarefa de regulá-la não afasta o raciocínio aqui desenvolvido. Isto porque, quando tal ocorre, pretende o constituinte tão somente – certamente movido por um sentimento voltado a assegurar uma maior segurança e certeza – uma regulamentação geral e uniforme desses direitos para todos os seus titulares, decerto mais conveniente para estes. Até porque a regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial, podendo apenas ser útil pela certeza e segurança que cria quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos<sup>32</sup>. Desse modo, se

[...] o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser 'direito', e como direito (subjetivo) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao Judiciário, viabilizar seu exercício, no caso concreto, independente da interpositio legislatoris<sup>33</sup>.

Alguns autores, entre eles Ingo Sarlet<sup>34</sup>, José Afonso da Silva<sup>35</sup> e Celso Ribeiro Bastos<sup>36</sup>, procuram uma solução intermediária, que, a um só tempo, não neutralize o princípio em causa nem o superestime, haja vista que, muito embora ele se aplique a todas as normas de direitos fundamentais (direitos de defesa e direitos de prestação), há casos em que não se tem como dispensar uma concretização pelo legislador (alguns direitos sociais). Em que pese essa posição reconhecer e emprestar certa dignidade ao princípio em exame, o que a faz merecedora de encômios, é de se ter em conta, todavia, que procurar uma “solução intermediária”, por força de contingências de menor relevância, é reduzir a grandeza do princípio da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, virando as costas ao passado histórico de lutas e conquistas que se desenvolveram no processo

32 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 38.

33 HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 53, grifo do autor.

34 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 248-252.

35 Segundo o autor, “O Título II da Constituição contém a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isto abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11º. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia e aplicabilidade indireta”. E arremata: “Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 165.

36 Esse autor, comentando o parágrafo primeiro do artigo 5º, conclui, de forma tímida, que “o conteúdo deste parágrafo consiste no seguinte: o princípio vigorante é o da aplicabilidade imediata, que, no entanto, cede em duas hipóteses: a) quando a Constituição expressamente refere que o direito acenado só será exercitável nos termos e na forma da lei; b) quando o preceito constitucional for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação, é dizer, não pode o vazio semântico ser tão acentuado a ponto de forçar magistrado a converter-se em legislador”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 393.

de afirmação, a duras penas, dos direitos fundamentais, notadamente quando se tem consciência de que esse princípio veio à tona porque já se tornava evidente que a exigência de uma regulamentação dos direitos punha em perigo a eficácia destes, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo<sup>37</sup>.

Assim, afirmar que a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tão somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em o qual o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora. Hodiernamente, assiste-se, sem dúvida, “à deslocação da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”. E isso tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem<sup>38</sup>, podendo ser imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta ou deficiência da lei.

Ademais, sustentar que o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está condicionado às possibilidades de posituação da norma que os define, significa conferir à cláusula em exame apenas uma *eficácia mínima*, que é atributo de *todas* as normas constitucionais, inclusive as programáticas<sup>39</sup>, independentemente de expressa previsão.

Portanto, o argumento de que a norma constitucional definidora de direitos fundamentais, carente de regulação, só opera seus efeitos quando editada a lei que a torne efetiva, significa, em última instância, admitir a transferência da função constituinte do legislador constituinte para o legislador constituído ou ordinário, já que sua omissão retiraria de vigência a norma constitucional<sup>40</sup>.

É preciso enfatizar, outrossim, que a dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) e vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1104.

38 CLÉVE, Clémerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 57.

39 GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais*: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41. Esse autor, embora sustente que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos, defende, como nós, a imediata aplicabilidade desses direitos, independente de qualquer concretização legislativa.

40 Nesse sentido, bem lembra Jorge Hage, decisão do *Bundesverfassungsgericht* que reconheceu a competência do Poder Judiciário, em caso de omissão do legislador, a “ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais”. HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 72.

quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.

Concluindo, por ora, a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, sublinhamos que, hodiernamente, no âmbito de uma dogmática constitucional transformadora e emancipatória, a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, *que é pressuposta*, mas, sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata. Assim, o problema real que temos de enfrentar é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetivação e concretização imediata desses direitos.

Fechando este tópico, cumpre-nos deixar patente, na senda crítica de Bobbio<sup>41</sup>, que é “inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas têm os olhos vendados”.

### 3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE DEFESA

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (*liberdade negativa*).

Dá já se percebe que esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de uma *abstenção* por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua direta e imediata aplicabilidade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais (como os limites fáticos impostos pela chamada “reserva do possível” e a falta de legitimação do Poder Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações), embora se possa afirmar que no Estado contemporâneo esses direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre ameaças de sua liberdade<sup>42</sup>. E a prática tem demonstrado que, salvo algumas exceções, esses direitos têm obtido razoável tutela do Poder Judiciário, com a declaração de nulidade de atos dos outros Poderes que violam a esfera juridicamente protegida do indivíduo. E isso se deve, fundamentalmente, como acentua Barroso<sup>43</sup>, a duas ordens de razões. Uma, de natureza ideológica, uma vez que os direitos de defesa sempre foram a

41 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 37.

42 Conferir, a propósito, KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 47.

43 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 107.

bandeira do pensamento político burguês que representa, hodiernamente, a classe dominante, de modo que eles traduzem a proteção jurídica dos interesses dessa classe e sua concretização, por isso mesmo, não encontra empecilho de natureza política. E outra, de natureza operacional, na medida em que esses direitos têm por conteúdo, essencialmente, uma abstenção por parte do Estado ou do particular, e sua realização, por conseguinte, não depende de qualquer prestação dos órgãos estatais, para além de ter em seu benefício a própria *lei da inércia*.

Tome-se como exemplos o direito de liberdade de expressão, vedada qualquer censura (CF, art. 5º, IX); o direito à inviolabilidade da casa (CF, art. 5º, XI); o direito de liberdade de locomoção e de não ser preso arbitrariamente (CF, art. 5º, LXI, ou seja, fora dos moldes permitidos pela Constituição); o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o direito de não ser tributado para fins de confisco (CF, art. 150, IV), entre outros.

Desses direitos fundamentais de defesa, decorre para o indivíduo uma posição jurídica favorável de exigir do Estado ou de particulares um dever de abstenção da prática de quaisquer atos que venham a afetá-los. E essa exigência se dá independentemente de qualquer atividade do legislador. Nesse caso, a lei pode servir tão só para eventual restrição permitida constitucionalmente ou regulação prática de caráter geral e uniforme.

Nesse sentido, esses direitos podem ser imediatamente usufruídos pelos seus titulares, sendo exigíveis até judicialmente, em caso de violação, uma vez que se acham aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos para os quais estão preordenados.

#### 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÃO

As maiores dificuldades na aplicação imediata dos direitos fundamentais manifestam-se aqui, entre os *direitos a prestação*, que têm por objeto uma *conduta positiva* por parte do Estado, consistente, via de regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. E é exatamente em razão desse objeto que paira sobre esse grupo de direitos fundamentais forte testilha doutrinária, a revelar os desafios da efetividade dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais a prestações, por não se reduzirem a prestações materiais sociais, compreendem os direitos fundamentais de proteção (no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado) e os direitos à participação na organização e procedimento, de tal modo que os direitos a prestações, como gênero, englobam, como espécies, os *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (que são os direitos a prestações materiais sociais, ou, simplesmente, direitos sociais).

Enfim, os direitos fundamentais como direitos a prestações são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Vale dizer, são direitos que exercem a função de *status positivus* (na teoria dos quatro *status* de Jellinek), na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão somente “atribuídos” ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais voltados à inclusão social. A questão a ser ventilada neste item do trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como projeção direta da dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque *todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial.*

A *força dirigente e determinante* dos direitos fundamentais a prestação, particularmente os direitos sociais, *inverte* o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos transita-se para uma *proibição de omissão*. Quer dizer, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado se *abstenha de interferir* nos direitos do indivíduo *transita-se* para o direito a exigir que o Estado *intervenha* ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos<sup>44</sup>. Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge a atos positivos do poder público. Compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política. Destarte, como asseverado por Canotilho<sup>45</sup>, “*a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’*”. Nesse contexto, avulta a importância de um estudo científico a justificar o controle judicial das omissões do poder público.

Cumprе explicitar que os direitos sociais, para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Daí dizer-se correntemente que os direitos sociais não são direitos

44 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 365.

45 *Ibidem*, p. 363-364, grifo nosso.

*contra* o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais. Com efeito, na esteira de Böckenförde<sup>46</sup>, se com os direitos sociais

[...] a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto para sua realização. Os Direitos Fundamentais Sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos Bens Materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, etc.

As prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positividade desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de “direitos relativos”, por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como “direitos absolutos”, por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de “direitos na medida da lei” (*Massgabebegrundrechte*)<sup>47</sup>.

Essas características gerais ora apontadas dificultam, mas não negam, e jamais podem negar, a judicialização dos direitos sociais. Em razão delas costuma ser recusada a estes direitos a condição de verdadeiros direitos subjetivos, com o que não se pode, efetivamente, concordar. Essas características dos direitos sociais não têm o condão de obstar ou embaraçar a sua plena e imediata aplicabilidade, como será ao diante demonstrado.

Ora, na hodierna dogmática constitucional, com a influência do neoconstitucionalismo, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos*

46 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. p. 74, grifo nosso.

47 *Ibidem*, p. 267.

*fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, conseqüentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficáciais distintos. Esses direitos, portanto, “são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra”<sup>48</sup>, máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social.

A doutrina vem estabelecendo a distinção entre os *direitos originários a prestações* (ou direitos sociais originários) e os *direitos derivados a prestações* (ou direitos sociais derivados). Assim, enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa, os direitos derivados a prestações correspondem, na verdade, às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Esses direitos derivados a prestações têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais já existentes, com base no princípio da igualdade. Desse modo, inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute desses direitos, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discrimen e a garanti-lo do acesso à prestação desejada<sup>49</sup>. Assim, onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada com a propositura da ação adequada. Isto ocorre, por exemplo, quando um hospital público nega o internamento de uma pessoa doente, não obstante a existência de vagas, ou se recusa a fornecer um determinado medicamento<sup>50</sup>.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 255, 1981.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 278-279.

50 O STF vem reconhecendo, nessa hipótese, a existência de direito subjetivo público. Confira-se ementa do acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2000. EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTI-TUIDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO A VIDA E A SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF) - O direito público subjetivo a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoerente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis n.s 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um

Já se percebe, à evidência, que o enfoque a ser dado aqui recai sobre os direitos originários a prestações que, reitera-se, são aqueles que possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer *interpositio legislatoris* – o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. São os direitos subjetivos a prestações, ou seja, direitos subjetivos extraídos diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais. De feito, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da Constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto. Assim, os direitos fundamentais sociais originários a prestações são autênticos direitos subjetivos a prestações. Ou seja, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos e obrigações e reclamam, por conseguinte, um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Os que objetam a existência desses direitos originários a prestações, na condição de direitos subjetivos, e, conseqüentemente, negam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, normalmente invocam, inicialmente, o argumento de que os dispositivos que os preveem são abertos, indeterminados e imprecisos, surgindo daí a necessidade, segundo sustentam, de integração legislativa.

Indiscutivelmente, esse argumento não pode prosperar. Com efeito, a existência de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados não é, e nunca foi, obstáculo à aplicação imediata das normas jurídicas, notadamente das normas jurídico-constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que gozam, por determinação da própria Constituição (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Esse argumento é ainda mais frágil, quando, ademais, se tem consciência de que, no sistema jurídico brasileiro, constitui missão indeclinável dos juízes e tribunais – para o fim de assegurar o exercício do direito, dele afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça (CF, art. 5º, XXXV) –, a determinação, *in concreto*, do conteúdo e alcance dos preceitos normativos, exatificando os conceitos abertos e integrando as lacunas ou omissões porventura existentes, para tanto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º e CPP, art. 126), além de uma atividade de interpretação criativa e concretizadora.

Acrescente-se, ainda, que por mais vago que seja o conceito ou a expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável. É, portanto, puramente ideológico, e não científico, o entendimento que faz depender de lei o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluidos ou vagos<sup>51</sup>. Muito pelo contrário, parte-se da premissa de que, como os direitos

gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267.617-RS. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 ago. 2000).

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 245, 1981. Esse autor, à guisa de conclusões genéricas de sua excelente tese, sustenta, definitivamente, que a “existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impeditiva a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo

sociais são frequentemente definidos em termos muito vagos e fluidos, mostra-se inevitável o elevado grau de criatividade do juiz chamado a interpretá-los<sup>52</sup>. A não ser assim, o juiz ou tribunal investido na relevante função de efetivar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo aos fluidos e vagos conceitos reveladores de direitos sociais, ou considerar como não vinculante exatamente o núcleo essencial e central das Constituições contemporâneas, representado pelos direitos fundamentais. Esta última alternativa, evidentemente, mostra-se dificilmente defensável, uma vez que ela implica que os juízes, cuja função essencial é justamente a de proteger os direitos fundamentais, tenham de renunciar a desempenhar o papel de guardiões desses direitos<sup>53</sup>.

Ainda alegam os refratários da aplicabilidade imediata dos direitos sociais a necessidade da *interpositio legislatoris* para a conformação do conteúdo e do alcance das prestações que constituem o objeto desses direitos fundamentais. Böckenförde<sup>54</sup>, por exemplo, sustenta que as prestações sociais reclamadas pelos direitos fundamentais sociais são tão genéricas que esses direitos não podem fundamentar diretamente pretensões exigíveis judicialmente, não se apresentando, portanto, como direitos imediatamente desfrutáveis pelo cidadão, quando ainda estão no nível da Constituição, antes, pois, de sua conformação legislativa. São, tão somente, direitos sociais derivados à prestação.

Nada mais equivocado. Ora, a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são “dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador”<sup>55</sup>, e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Se se trata de direitos fundamentais, seu titular se encontra imediatamente investido do poder jurídico de exigir prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la, até porque “direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe”<sup>56</sup>. Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos sociais<sup>57</sup>.

---

significativo indisputável”. Ibidem, p. 255.

52 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 60.

53 Ibidem, p. 68.

54 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. p. 78.

55 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 359.

56 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113-114.

57 Ibidem, p. 106.

Por último, não se pode concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da *reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da pessoa humana, como a vida, a integridade física, a saúde<sup>58</sup> e a educação, por exemplo. Ademais, os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero<sup>59</sup>, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.

De mais a mais, não se pode aceitar o entendimento de certos autores que só vislumbram os direitos subjetivos a partir dos direitos sociais na sua versão *negativa*, só admitindo aqueles direitos subjetivos quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados. Para tais autores, o direito subjetivo se circunscreve a tão somente impedir que os órgãos do poder formulem atos contrários a esses direitos fundamentais sociais: qualquer lei que atente contra os objetivos dos direitos sociais é inconstitucional, surgindo daí o direito subjetivo de recusá-la.

Há autores, entretanto, que buscam soluções as mais diversas para tentar contornar esses óbices geralmente opostos ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Nesse sentido, Christian Starck<sup>60</sup>, apesar de contrário à doutrina dos direitos subjetivos a prestações, admite que, em certos casos, é possível deduzir diretamente das normas constitucionais direitos fundamentais sociais, desde que: a) seja urgente e necessário para assegurar materialmente uma liberdade fundamental; b) seja determinado ou, ao menos, determinável o conteúdo da prestação que lhes constitui objeto, para evitar a obrigatoriedade da intermediação legislativa, e c) exista a garantia dos recursos necessários sem que implique qualquer intervenção nos orçamentos públicos, o que contornaria, simultaneamente, os obstáculos representados pelos limites fáticos da reserva do possível e da falta de competência do judiciário em matéria orçamentária.

Já Rüdiger Breuer<sup>61</sup> só admite os direitos originários a prestações quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais. Esse autor, defensor da solução de cunho minimalista, sustenta que os direitos sociais originários somente podem ser reconhecidos se o legislador, a quem cabe, em princípio, a função de garantir um padrão mínimo existencial, descumprir essa sua função, pondo em

58 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 53.

59 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 54.

60 STARCK, 1976, p. 526 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

61 BREUER, 1978, p. 494 et seq. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 317.

risco as liberdades fundamentais. Desse modo, ante a necessidade de se assegurar a existência de um padrão mínimo, deve-se reconhecer direitos subjetivos a prestações. E no âmbito de um padrão minimalista não tem aplicação o obstáculo da invasão da competência do legislador.

Também tentando conciliar as diversas posições contrárias e favoráveis acerca do reconhecimento dos direitos originários a prestações, Robert Alexy<sup>62</sup>, partindo da ideia reitora de que os direitos fundamentais “son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria”, propõe a inovadora ideia de ponderação entre princípios, sugerindo que, em face do caso concreto, se avalie qual dos princípios em jogo prevalecerá, se o princípio da liberdade real, de um lado, ou os princípios da separação dos poderes e aqueles que asseguram a liberdade de terceiros, de outro, já que nenhum desses princípios assume feições absolutas.

Esse modelo proposto, segundo admite o próprio Alexy<sup>63</sup>, não especifica quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas apenas quais ele pode vir a ter: “La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales”. Todavia, é possível dar uma resposta geral, diz Alexy, de tal modo que os direitos subjetivos a prestações deverão ser sempre reconhecidos, quando urgentes e imprescindíveis à garantia material das liberdades fundamentais (liberdade fática), e quando os outros princípios contrapostos sofrerem reduzida e proporcional restrição. Essas exigências estarão, segundo ele, nitidamente satisfeitas no âmbito dos direitos sociais que correspondem a um *padrão mínimo essencial* para uma existência digna, ou seja, os direitos sociais mínimos, de que são exemplos os direitos à saúde e educação. Por esse raciocínio, apreende-se do pensamento de Alexy que os direitos subjetivos a prestações só podem ser reconhecidos se – ponderados os valores em colisão e dentro de uma restrição proporcional dos bens jurídicos em tensão –, restar indubitosa a necessidade de se assegurar uma condição mínima existencial em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessas posições conciliatórias, observa-se que os autores citados condicionam o reconhecimento da imediata aplicação dos direitos sociais ao afastamento dos obstáculos normalmente invocados para a negação dos direitos subjetivos a prestações. O que significa, *contrário sensu*, que, não contornados os

62 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 494 et seq. De acordo com o modelo de Alexy, o indivíduo tem um direito *definitivo* a prestação, ou seja, um direito subjetivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos, tomados em seu conjunto. Este é o caso, por exemplo, diz ele, dos direitos fundamentais sociais mínimos, por não terem eles conteúdo objetivo excessivo. Quando os direitos fundamentais dispõem de conteúdo claramente excessivo, eles são direitos *prima facie*, que implicam em deveres *prima facie* para Estado. Isso não significa, entretanto, que não sejam vinculantes: “Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. [...] Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber jurídicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca”. Ibidem, p. 500.

63 Ibidem, p. 500.

óbices referidos, o direito não pode ser imediatamente exercido. A proposta aqui defendida, contudo, é no sentido do pleno reconhecimento dos direitos originários a prestações, como condição à efetiva garantia do *mínimo existencial*, razão porque se sustenta a imediata aplicação dos direitos sociais.

As objeções que usualmente são apontadas contra essa imediata aplicabilidade é que não podem prevalecer ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra diretamente usufruídos por seus titulares, independentemente da vontade do legislador ordinário. Esclareça-se, porém, que o “mínimo existencial” ou “padrão mínimo social”, como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessidades vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país<sup>64</sup>. Assim, a proposta deste ensaio, que se radica em bases científicas, não pode ser confundida com argumentos que se encontram nos extremos do tudo ou nada.

A proposta de Alexy é a que mais se aproxima do que aqui se defende. Com efeito, quando o autor afirma que as objeções que habitualmente se dirigem contra a imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais cedem ante o valor *dignidade da pessoa humana*, devendo-se, nessa hipótese, admitir os direitos subjetivos a prestações, ou, como ele próprio chama, direitos *definitivos* a prestações, sua compreensão acerca do tema não está longe do entendimento aqui exposto, no sentido de que todos os direitos sociais gozam de aplicação imediata, já que estes, como se viu, são decorrência direta do princípio da suprema dignidade da pessoa humana, que se encontra na base de todos os direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais. A ponderação proposta por Alexy só será indispensável quando houver uma colisão concreta entre os próprios direitos fundamentais. Mas aí já não estamos diante da problemática da aplicação imediata desses direitos, mas sim da necessidade de harmonizá-los, a partir de uma relação de precedência condicionada, ante o peso que terão em face do caso concreto, uma vez que pressuposta, pois, sua imediata aplicabilidade.

Em suma, consideram-se incoerentes com a pretensão de eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais sociais todos os argumentos que correntemente são invocados em desfavor da anuência dos direitos subjetivos a prestações, incluindo aqueles que só os reconhecem na sua versão negativa, ou seja, só admitindo o direito subjetivo a partir dos direitos sociais, quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados.

A toda evidência, não se pode permitir que os direitos fundamentais transformem-se, pela omissão do poder público, em simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da

64 KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 63.

teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.

Mas a efetividade constitucional, para realizar-se plenamente, também reclama o reconhecimento de um *direito subjetivo à emanção de normas*, que será objeto da análise que se segue.

## 5 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, O DIREITO SUBJETIVO À EMANAÇÃO DE NORMAS E O DEVER DE LEGISLAR

Se é certo afirmar que o dever jurídico-constitucional do legislador de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais não é, de há muito, objeto de maiores contestações, não menos correto é asseverar que a maior parte da doutrina ainda resiste a reconhecer um direito subjetivo à emanção de normas<sup>65</sup>. Para esta doutrina, o cidadão não tem direito a exigir judicialmente a emanção de atos normativos.

Com efeito, a recusa à aceitação desse direito, normalmente vem associada a argumentos como: a) a admissão de um direito à emanção de normas representaria uma violação ao princípio da separação de Poderes; b) esse direito pressupõe um direito subjetivo do cidadão, que, na hipótese, não existiria porque uma lei ou uma norma infralegal satisfaz, por definição, os interesses da coletividade, daí não se concebendo, portanto, um poder jurídico ao particular, e c) esse direito, ademais, é vazio de sentido porque não é exigível judicialmente, haja vista que os sistemas jurídico-processuais são organizados apenas para proteger o cidadão contra *atos*, mas não contra *omissões de normas* cujo dever jurídico de emanção compete a outros poderes.

A separação de Poderes não é nenhum óbice à atuação judicial concretizadora dos direitos fundamentais, sobretudo em face do advento do Estado Social, que introduziu significativas e profundas alterações nas funções clássicas dos três Poderes, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de “arquiteto social” desse novo Estado, responsabilizando-o, igualmente, pela efetivação dos postulados da justiça social. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os Poderes.

<sup>65</sup> Utilizamos a denominação *direito à emanção de normas* ou *à norma*, porque é mais extensa do que *direito à legislação*, uma vez que aquela abrange, além das leis, os regulamentos e outros atos normativos.

E nesse sistema de equilíbrio, são adjudicadas ao Poder Judiciário novas funções de controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos, particularmente para garantir o exercício de um direito subjetivo à emanção de normas, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Assim, a partir do paradigma do novo Estado Social a caracterizar um Estado Constitucional Inclusivo e, conseqüentemente, do reconhecimento de um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas e cumpridas por esse Estado, por imperativos da justiça social, resulta evidente que a satisfação destes “deveres” estatais condiciona a legitimidade do desempenho das funções do poder público, em especial de suas funções normativas (incluindo as legislativas), cujo controle de legitimidade cumpre, inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

Ademais, no âmbito de uma evoluída democracia participativa (fórmula política que o Brasil também acolhe, conforme art. 5º, LXXIII e art. 14, I, II e III da CF/88), que tende a assegurar ao cidadão, cada vez mais, uma ativa participação nos processos de deliberação política, associada ao quadro de um extenso catálogo de direitos fundamentais, é impossível não lhe reconhecer, para além dos interesses da coletividade, uma posição jurídica individual constitucionalmente protegida.

Com efeito, como aponta Canotilho<sup>66</sup>, a

*[...] democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais exigem a garantia de um status activus, de um status positivus e de um status activus processualis e pressupõem que, pelo menos, se presuma que os ‘interesses dignos de protecção’ sejam interesses juridicamente protegidos, e que as vantagens jurídico-objectivamente reconhecidas se considerem, na dúvida, como garantindo um direito subjectivo”, de modo que a “exigência da consideração constitucional material dos direitos subjectivos públicos (que aqui se pressupõe) implica que se dê outro passo na configuração constitucional das relações jurídicas objectivas e subjectivas: a autonomização das posições jurídicas subjectivas perante o direito legal objectivo.*

Daí porque a noção clássica de direito subjetivo se apresenta inadequada neste domínio, pois não reage às necessidades atuais do Direito Constitucional.

Destarte, opera-se agora uma inversão na ordem das dificuldades, posto que, aquelas dificuldades que outrora se agitavam contra o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas encontram-se superadas, existindo atualmente, isto sim, dificuldades em sustentar-se exatamente o contrário, isto é, a não aceitação daquele direito subjetivo, sobretudo quando se evidencia que a omissão normativa *impede* o exercício dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, causando-lhes manifesta agressão. E essa ofensa a esses direitos, por óbvio, tem repercussão jurídica, e não apenas política, a ensejar certamente a proteção judicial.

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 342-343, grifo do autor.

Firma-se aqui a posição, no sentido de existir um direito subjetivo público à emanção de normas, que impõe, para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos e para o legislador, em especial, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental. Esclareça-se, contudo, que não se trata aí de um simples dever geral de legislação, mas sim de um *dever específico de legislar*, que se reconhece pela própria consagração constitucional da categoria jurídica da omissão inconstitucional (CF/88, art. 102, § 2º), e, fundamentalmente, pela força normativa da Constituição, de há muito à margem de qualquer dúvida. Releva enfatizar, na senda de Canotilho, que a própria omissão inconstitucional de um ato normativo terá virtualidades para garantir o reconhecimento do direito subjetivo à emanção de normas<sup>67</sup>.

Assim, assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encerrasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normatização como na obrigação de substituir, norma ou lei insatisfatória e incompleta, por outra que atenda integralmente a imposição constitucional. Isso reflete, aliás, as categorias *omissão total* e *omissão parcial*, como consequências jurídicas do descumprimento, respectivamente, desse dever de emanar normas.

A doutrina do direito subjetivo à emanção de normas já conta com a adesão de alguns autores brasileiros. Por todos, cumpre fazer referência a Eros Roberto Grau<sup>68</sup>, para quem é perfeitamente possível defender a existência de “um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais” e a Gilmar Ferreira Mendes<sup>69</sup> que, reportando-se ao mandado de injunção, assegura que

[...] *adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador*”.

No plano internacional, quem melhor representa a doutrina estrangeira é Canotilho<sup>70</sup>, que, ante a necessidade de uma nova abordagem das omissões nor-

67 CANOTILHO, J. J. Gomes. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 120.

68 GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 45.

69 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 308, grifo do autor.

70 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 358-359.

mativas, propõe a revisão do superado “dogma dogmático” de que “o cidadão não tem direito a exigir, através da via judicial, a emanação de normas jurídicas”, pela consideração de que: em primeiro lugar, os novos esquemas regulativos do Estado Social não mais se reduzem à dicotomia do gênero “norma jurídica/ato administrativo”, circunstância que é confirmada pela diluição dos contornos conceituais da categoria norma jurídica (ele exemplifica com a “deformação” dos instrumentos legais, recordando as “leis-medida” e as “leis-fotografia” e com os instrumentos de planejamento, como os planos urbanísticos, “onde nem sempre é visível a separação entre o nível normativo-regulamentar e o nível actuativo concreto-individual”); e, em segundo lugar, porque já ultrapassam a barreira do tolerável as frequentes violações dos direitos fundamentais, em razão da continuada omissão de atos normativos.

Anota que a doutrina mais moderna, embora reconhecendo as dificuldades jurídico-processuais e jurídico-políticas à defesa contra as omissões normativas, já vem indagando se a completa sujeição e indiferença dos juristas perante as omissões à emanação de normas “não equivale a uma forma encapuçada de erosão da força normativa de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”, enfatizando o autor que os direitos fundamentais não podem ficar nas mãos do legislador e da administração, sob pena de “nos vermos forçados a reconhecer um clamoroso retrocesso jurídico-cultural na concepção de direitos fundamentais, de novo reconduzidos a apelos programáticos ao legislador [...]”<sup>71</sup>.

O autor ainda esclarece que mesmo que se constate uma omissão normativa inconstitucional, isso não implica necessária e automaticamente o direito subjetivo à emanação de normas. É necessário, pois, que dessa omissão resulte inviabilizado concretamente um direito fundamental. Para Canotilho<sup>72</sup>, a omissão normativa que frustre o gozo de um direito fundamental “sugere que existe uma imbricação ineliminável entre a *dimensão material* de um direito e a *dimensão procedimental-processual* do mesmo”. Assim, indaga se é impossível, dogmática e juridicamente, incluir nesta dimensão procedimental-processual de um direito fundamental a *pretensão subjetiva à emanação de norma* quando o poder público *não tenha a liberdade de não agir*, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental. E sobre essa indagação lança uma outra: qual a razão justificativa da recusa do direito à emanação de normas, jurídico-processualmente exigível, quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte dos poderes normativos, em razão de a omissão normativa impedir o exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado.

E qual seria a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito contra as omissões normativas, interroga o autor português. Ou seja, indaga o citado autor se há alguma *ação constitucional de defesa* contra as omissões

71 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 359.

72 *Ibidem*, p. 361, grifo nosso.

normativas lesivas dos direitos fundamentais. Segundo ele, respondendo à própria indagação, a Constituição brasileira de 1988 “aponta inequivocamente no sentido positivo”, ao consagrar o mandado de injunção como uma ação constitucional autônoma de defesa. Essa ação, que não visa propriamente à obtenção da norma faltante, destina-se basicamente a remover o obstáculo (que é exatamente a *falta da norma*) à fruição do direito. Nesse caso, o juiz pode e deve garantir o direito, adotando providências adequadas e necessárias como as “decisões injuntivas, tipo *mandatory injunctions*, que se traduzem na realização de actos positivos através dos quais se *substitui*, mediante decisão judicial, uma actividade normativo-regulamentadora do Executivo e do Legislativo”<sup>73</sup>.

Não se concorda, todavia, com a restrição do entendimento do autor lusitano. Com efeito, se se trata de um direito fundamental, ele pode, em casos de omissão normativa, ser efetivado diretamente pelo juiz, ainda que para tanto tenha de substituir-se ao legislador omissor, para suprir eventual omissão inconstitucional, editando normas para o caso concreto, através de uma interpretação criativa e integrativa. E assim *deve e pode* proceder no âmbito de qualquer ação judicial de defesa, e não somente em sede de mandado de injunção. É importante afastar, a propósito, qualquer ideia posta no sentido da impossibilidade de suprimento da omissão normativa, ao argumento de que não existiria, na hipótese, qualquer “vontade do legislador ou da norma” a ser revelada. Isto porque, como revela Marcos Gómez Puente<sup>74</sup>, existe, no caso, a “vontade de omitir-se” do legislador, a propiciar inevitavelmente a integração judicial através da interpretação concretizadora, ante a força normativa da Constituição.

## 6 CONCLUSÃO

O sucesso do direito fundamental à efetivação da Constituição depende da plena e integral efetividade dos direitos fundamentais. Todavia, a concretização desses direitos é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, que se depara com uma realidade mais propícia às omissões estatais do que com ações políticas dirigidas à garantia de um mínimo existencial.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente na Constituição de 1988. Muito embora tenha a Lei Fundamental brasileira recebido inspiração da Constituição portuguesa, ela teve maiores avanços, seja porque prevê três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja porque considera omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos do Poder Político

73 CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 364, grifo nosso.

74 GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 27.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, que recuse cumprimento às imposições constitucionais.

Defende-se a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, suprir a omissão – registre-se, inconstitucional – dos órgãos de direção política. Nesse sentido, percebe-se a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma quadra em que elas se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicarem) diretamente nas situações da vida. Mas não bastam – para assegurar a efetividade das normas constitucionais – as proclamações de que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicabilidade imediata. É necessário um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional garanta, com eficiência, a força ativa da Constituição, pois sem uma justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática.

A necessidade de respeitar-se a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente se exige mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, também constitui conduta inconstitucional.

No exercício do controle das omissões do poder público, o Judiciário interfere inevitavelmente na atividade dos outros Poderes, notadamente na atuação do legislador. E assim procede, sem dúvida, para assegurar a supremacia da Constituição, tarefa que lhe foi confiada por ela própria.

As normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Ademais, as normas constitucionais que careçam da *interpositio legislatoris* ou de providências materiais, constituem em favor do cidadão um *direito subjetivo público à emanção de atos normativos e materiais* de concretização constitucional, o que implica, em consequência e primeiramente, no *dever jurídico* dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, conseqüentemente, a omissão inconstitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio da jurisdição constitucional, que pode ser provocada, *in concreto*, por qualquer pessoa prejudicada, e por meio de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas exclusivamente para o controle das omissões do poder público, quais sejam, o mandado de injunção (no plano concreto), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental (estas últimas no plano abstrato), que estão necessariamente a serviço da aplicabilidade imediata daquelas normas.

Esse direito subjetivo público à emanção de normas impõe aos órgãos com competência normativa o dever de emitir atos normativos, e ao legislador, em particular, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental, sobretudo em razão do reconhecimento jurídico da categoria da inconstitucionalidade por omissão, de tal modo que ele investe o cidadão do direito de exigir, até judicialmente, a formulação de norma necessária para tornar efetivo direito fundamental.

## REFERÊNCIAS

AHUMADA, Maria A. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 8, enero/abr. 1991.

ALEMANHA. Constituição. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. *Diário Oficial da Federação*, Bonn, 23 maio 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 25 set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 312 p.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, ano 23, n. 82, p. 109-157, 2005.

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

BOBBIO. Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.

- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267.617-RS. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 23 ago. 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- \_\_\_\_\_. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. (Org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. v. 2, p. 111-124.
- \_\_\_\_\_. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- \_\_\_\_\_. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 395-441.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 71-112.
- ESPAÑA. Constituição. Constituição da Espanha. *Boletim Oficial do Estado*, Madrid, 29 dez. 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. 257 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 1-17, out./dez. 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos Direitos e Garantias Individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad del Legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- \_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GUASTINI, Riccardo. La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

HABÈRLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAGE, Jorge. *Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58, p. 233-256, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

PORTUGAL. Constituição. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, Lisboa, n. 86, 10 abr. 1976. Série 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.