O § 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:
A interpretação mais adequada para a eficácia dos direitos fundamentais

CARLOS ROBERTO GALVÃO BARROS
Procurador do MPJTCE-RN, Professor da Fal e da UNP, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN; e-mail: crgbarros@zipmail.com.br

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As posições pessimistas; 3. As posições otimitas; 4. A posição intermediária; 5. A posição mais adequada; 6. Conclusão.

RESUMO: O trabalho faz uma análise do §1º do art 5º da Constituição brasileira, que contém o princípio da aplicabidade imediata dos direitos fundamentais. Assim que examina as mais diversas posições sobre o assunto, desde as mais pessimistas até as mais otimistas, e se posiciona sobre qual é a mais adequada para a eficácia dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Aplicabilidade imediata. Direitos Fundamentais. Interpretação. Adequação. Eficácia.

1. Introdução

Um dos temas que mais controvérsias suscitam em Direito Constitucional encontra-se no art. 5º, §1° da Constituição brasileira de 1988 que assim preceitua: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Este dispositivo está em consonância com outros no mesmo sentido, promulgado por Constituições onde vigora o Estado Democrático de Direito, como a de Portugal, cujo art. 18/1 assevera que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A propósito, comentando o preceito na Constituição Portuguesa, VIEIRA DE ANDRADE salienta que o referido dispositivo está a autorizar a aplicação direta e imediata, sem necessidade de intermediação do legislador ordinário, das normas de direitos fundamentais, posto que o conteúdo destes

> 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. [1]

Havendo, pois, concordância com o entendimento de VIEIRA DE ANDRADE sobre a Constituição Portuguesa, conforme o que foi acima reproduzido, a interpretação do §1º do art. 5º da Carta Magna brasileira, será feita a nível de Constituição, através de uma interpretação que crie condições de que este dispositivo seja aplicado direta e imediatamente, sem necessidade de lei.

Ocorre que, no caso português, a Constituição portuguesa estabelece uma distinção entre os direitos, liberdades e garantias, que correspondem aos direitos de defesa e se encontram no Título II da referida Carta, e os direitos econômicos, sociais e culturais, que estão no Título III. De acordo com essa diferenciação, a norma que consagra a aplicabilidade imediata só se refere aos direitos de defesa, o que exclui do âmbito de sua aplicação os direitos econômicos, sociais e culturais. [2]

Portanto, uma assertiva que desde já deve ser ressaltada é que não se pode dar ao preceito da Constituição nacional o mesmo tratamento que, porventura, seja conferido para o sistema jurídico lusitano. Em outras palavras, tem-se que buscar subsídios interpretativos na doutrina nacional a fim de se dar um tratamento adequado, sempre no sentido de uma hermenêutica constitucional que desenvolva a eficácia dos direitos fundamentais.

Pode-se, então, partir do entendimento, majoritário entre os doutrinadores[3], de que o referido dispositivo normativo aplica-se aos direitos fundamentais que estejam localizados em qualquer parte da Constituição e mesmo em tratados internacionais (art. 5º, § 2º, da CF), vez que o texto constitucional pátrio não fez a mesma distinção do português. Pelo contrário, da simples interpretação literal do dispositivo, tem-se que este se refere expressamente aos *direitos e garantias fundamentais*, tal como consagrado na epígrafe do Título II da Constituição brasileira.

Outra questão preliminar que deve ser ressaltada é que, muito embora este dispositivo se aplique aos direitos fundamentais independentemente de sua localização, a sua

eficácia não é a mesma quanto aos direitos fundamentais de defesa e os direitos à prestação, pelo que se deve ter atenção à categoria específica que se vai interpretar e aplicar.

Postas essas questões preliminares, tem-se que, no que tange à eficácia do princípio da aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º da CF), as posições da doutrina nacional oscilam entre as mais pessimistas e as mais otimistas, havendo, como era de se esperar, doutrinadores que assumem uma posição intermediária.

2. As posições pessimistas

Entre as posições mais pessimistas, encontra-se a de MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, que assim comenta o referido princípio:

> A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. 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 não é auto-executável pela *natureza das coisas*.
> Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia 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. [4]

No mesmo diapasão, JOSÉ AFONSO DA SILVA assevera que a eficácia das normas de direitos fundamentais depende muito do seu enunciado, pois versa sobre matéria que se encontra em função do direito positivo. Assim, a norma da aplicabilidade imediata não resolve todas as questões, porquanto a própria Constituição faz depender de legislação ulterior que desenvolva a aplicabilidade dos direitos sociais. [5]

3. As posições otimistas

Entre os mais otimistas, situa-se a posição de EROS ROBERTO GRAU para quem todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, inclusive as

programáticas, são auto-executáveis, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo, devendo o Estado "prontamente aplicá-las, decidindo pela imposição de seu cumprimento". [6]

É importante destacar a posição de FLÁVIA PIOVESAN, a qual, no mesmo sentido de EROS GRAU, afirma que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, cabendo "aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental". [7]

Segundo ainda a autora, o legislador deve proceder à concretização dessas normas em tempo razoável, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, não podendo reduzir a força normativa imediata dessas normas e nem editar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com estas. O mesmo deve ocorrer em relação ao governo e à administração, que têm uma importante tarefa na concretização dos direitos fundamentais. [8]

No que se referem aos órgãos jurisdicionais, devem: a) interpretar os preceitos de direitos fundamentais, na sua aplicação aos casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima; b) no caso de ausência de leis concretizadoras, densificar os preceitos de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata. [9]

4. A posição intermediária

Em posição intermediária, INGO SARLET, partindo da premissa de que o dispositivo normativo em análise não se aplica a toda a Constituição, sob pena de equiparar direitos fundamentais e demais normas constitucionais, sustenta que a referida norma impõe ao Estado a maximização da eficácia dos direitos fundamentais. [10]

O autor explica, então, que não há como se alinhar aos defensores da capitulação daquela norma, pois estaria reconhecendo que o preceito é inexistente ou, no mínimo, ineficaz. [11] Por outro lado, aceitar o outro extremo, qual seja, da aplicação direta, implica inobservância de limites importantes, como a reserva do possível, a da falta da legitimação dos tribunais para aplicação de medidas sócio-econômicas e a colisão de direitos fundamentais. [12]

Assim, faz uma distinção entre dois grupos de normas: as de insuficiente normatividade, que precisam de uma interposição do legislador para gerar a plenitude de seus

efeitos; e as de suficiente normatividade, que não reclamam atos de natureza concretizadora e podem ser imediatamente aplicadas aos casos concretos. [13]

Levando em conta essa distinção, SARLET afirma que o preceito do art. 5°, § 1° da Constituição brasileira de 1988 contém uma norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. [14]

Em razão deste caráter principiológico, entende o doutrinador que se deve levar em consideração o caso concreto, de forma a "atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais". [15]

Desta forma, eventual e excepcional recusa de aplicação, em razão da ausência de ato concretizador, deve ser necessariamente fundamentada e justificada pelo órgão competente. [16]

5. A posição mais adequada

De todas as opiniões colacionadas, razão parece assistir a SARLET. É que sendo a referida norma um princípio constitucional, não pode ser tratado na base do tudo ou nada, como são as regras. A sua eficácia deve ser analisada à luz do caso concreto, de acordo com a função que os direitos fundamentais desempenham no ordenamento jurídico.

Essa função tem de ser enxergada sob a ótica da eficácia objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, sob a perspectiva de seu significado para a sociedade, para o interesse público, para a vida comunitária, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

A proposta de SARLET está também de acordo com a eficácia subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que, de acordo com a presunção anunciada, em regra, o dispositivo assegura aos cidadãos direitos subjetivos. Somente nos casos em que, após a análise da hipótese concreta e da estrutura normativa, esta presunção (relativa) seja quebrada é que, após a devida fundamentação, os indivíduos não poderão exigir os direitos previstos nas normas definidoras de direitos fundamentais.

Assim é que, por exemplo, a norma do artigo 196 da Constituição brasileira, que preceitua que "A saúde é direito de todos e dever do Estado" pode, em certas

circunstâncias (como, por exemplo, um caso de doença grave), efetivamente assegurar um direito subjetivo de receber um tratamento médico custeado pelo Estado, só podendo este se eximir dessa obrigação na hipótese comprovada que não tem recursos financeiros.

Reconhecendo o avanço da posição de SARLET, tecendo-lhe, porém, críticas, SÉRGIO MORO assevera que este tipo de interpretação pode "caso tratado equivocadamente, contribuir apenas para a justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem a eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais". [17]

Embora exista essa possibilidade, tem-se que uma interpretação que vise realmente desenvolver a eficácia das normas de direitos fundamentais, embora deva reconhecer a sua relevância, não pode se fundamentar em assertivas deste naipe.

Primeiro, os princípios existentes em boa parte das normas constitucionais impõem a ponderação do intérprete, que pode e deve se municiar de todo o instrumental hermenêutico, mas de forma racional e equilibrada.

A hermenêutica cumpre o seu papel quando orienta o operador do direito no sentido de extrair das normas em geral a maior efetividade possível. Se o intérprete se utiliza mal dos instrumentos teóricos que lhe são postos a sua disposição, tal comportamento não é problema da hermenêutica, mas de outras ciências sociais que estudem a conduta humana.

Além disso, as diversas formas de comportamento que os operadores do direito podem assumir não são privilégios apenas dos princípios, mas também das normas que enunciam regras. O que, em outras palavras, pode-se afirmar é que, não havendo vontade e nem conduta ética por parte do intérprete, também as regras jurídicas podem receber um tratamento equivocado, de sorte que as alegações de SÉRGIO MORO contra a posição de SARLET não podem prosperar.

6. Conclusão

Efetivamente a posição de SARLET é a que mais se coaduna com um desenvolvimento pleno e eficaz dos direitos fundamentais – principalmente em relação aos direitos sociais - porquanto põe à disposição do intérprete diversas soluções adequadas e possíveis à luz dos casos concretos, de acordo com a eficácia objetiva e subjetiva desta classe de direitos.

Além disso, não faz letra morta do dispositivo constitucional, porquanto estabelece uma presunção em prol da aplicabilidade imediata que só excepcionalmente pode ser desfeita, nos casos em que comprovadamente o Estado não tenha recursos financeiros para efetivar certos direitos subjetivos dos cidadãos.

NOTAS

[1] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos.***Os Direitos Fundamentais na Constituição*** **Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p.140.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais***. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004, p. 255.

[3] Idem, p. 254-255.

[4] FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. ***Direitos Humanos Fundamentais.*** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100.

[5] SILVA, José Afonso. ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 180.

[6] GRAU, Eros Roberto. ***A ordem econômica na Constituição de 1988***. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

[7] PIOVESAN, Flávia. ***Proteção Judicial contra omissões legislativas***. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

[8] Idem, p. 105-106.

[9] Idem, p. 105-106.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. (***A Eficácia dos Direitos Fundamentais***, …, p. 244).

[11] Idem, p. 244.

[12] Idem, p. 245.

[13] Idem, p. 245.

[14] Idem, p. 245.

[15] Idem, p. 246.

[16] Idem, p. 246.

[17] MORO, Sérgio Fernando. ***Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais***. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 69.