

Eficácia, Aplicabilidade e Exequibilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais

Prof. Ms. Otávio Jorge de Moraes Júnior¹

Resumo

As normas Constitucionais de eficácia limitadas, também denominadas de aplicabilidade mediata, deferida e reduzida, são aquelas que desde o momento em que entram em vigor, apesar de sua existência material, não possuem aplicabilidade prática, por conseguinte, são destituídas de eficácia por não se encontrarem regulamentadas quanto ao seu campo e forma de atuação social, necessitando, para tanto, de norma integrativa de natureza infraconstitucional para que venham a ser produzidos seus reais, totais e cabais efeitos jurídicos pretendidos.

Assim, surgem os seguintes e inquietantes questionamentos, senão vejamos: por meio desse entendimento, não seria uma forma de se alijar direitos e garantias até então “assegurados aos indivíduos”, frente às normas, em sua essência, de eficácia e aplicabilidade limitadas? Não seria uma maneira demagoga, populista e cartesiana de se “assegurar, resguardar e tutelar direitos” não os assegurando, resguardando e tutelando de fato? Não seria uma forma, prever sua existência, mas por outro lado se frustra sua aplicabilidade e eficácia?

Esse é um fator de grande repercussão que até mesmo os Tribunais Superiores se furtam a abordar com a seriedade e tenacidade que se faz necessária. Entretanto, nós na presente exposição temos a humilde pretensão em tentar desmistificar o embate jurídico, tecendo comentários fundamentados com o intuito de se verem implementadas as normas constitucionais de eficácia limitadas.

Palavras-chave: Eficácia, aplicabilidade, exequibilidade, direitos, garantias fundamentais.

1. Introdução

Sabido é, por todos, que em 05 de Outubro de 1988, foi promulgado o nosso Diploma Legislativo Constitucional, o qual, pela maciça maioria dos doutrinadores de renome, é denominado de “Constituição Cidadã”², por asseverar, resguardar, tutelar e

¹ Pós-Graduado e Mestre em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Universitário de Graduação e Pós-Graduação. Advogado.

² CABRAL, J. Bernardo. **Curso de direito constitucional**. p. XXXIV.

assegurar, direitos e garantias fundamentais, intrínsecas a natureza humana, até então não formalizadas com veemência em um texto solene em nosso Estado.

Lado outro, mister se faz destacar, a topografia em que se esculpiu os direitos e garantias fundamentais, ou seja, seu conteúdo, haja vista que no texto constitucional é deflagrado, já em seus articulados iniciais, com a indicação dos princípios fundamentais e direitos sociais, fomentadores de liberdades individuais e coletivas.

Ao revés da clássica e metódica exposição vestibular da estrutura Estatal e de seus poderes intrínsecos e inerentes deu-se primazia aos direitos à cidadania e ao labor, reforçando nosso entendimento, de tratar-se nosso Diploma Legislativo Magno de uma verdadeira e legítima “Constituição Cidadã”.

De modo geral, os doutrinadores constitucionalistas defendem, resguardam e salvaguardam o instituto constitucional pátrio, como um ordenamento jurídico-político-legal perfeito e acabado, muito embora, existam normatividades programáticas pendentes de regulamentação, situação que acaba por gerar profundos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais quanto a sua real aplicabilidade, objeto de nossa humilde, porém fundamentada exposição.

Nesse diapasão, como finalidade expressa do presente texto, compete-nos, por meio da observância de primados fundamentais do Direito, estruturarmos teoricamente os direitos, as garantias, as substanciações e, principalmente, sua eficácia, aplicabilidade e “exequibilidade”.

2. Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Mister se salientar que LENZA³, em seu curso, disserta que o artigo 5º abarca os direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais. Nesse diapasão, apesar de indicar-se de modo explícito, apenas direitos e deveres, também consagrou as garantias fundamentais.

Já CANOTILHO⁴, citado por Alexandre de Moraes, ensina que os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma perspectiva, constituindo no plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa

³ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, p. 527 e 528

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**.

para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica particular. Implicam, por conseguintes, no plano jurídico-objetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais, definidos como liberdades positivas e de exigir abstenções dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos, denominadas de liberdades negativas.

Tais disposições teóricas, embora estritamente técnicas e de grande envergadura, necessitam ser demonstradas, haja vista tratar-se de definições consagradas em nossa melhor doutrina, sendo paradigma e norte orientador para novas pesquisas sobre a temática.

Lado outro, necessário se mostra enfatizarmos a diferenciação salutar entre um e outro, ou seja, entre direitos e garantias, senão vejamos: Ainda segundo LENZA⁵, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional. Pode-se assegurar que todo o conjunto de bens e vantagens que se encontram elencados, tipificados, capitulados e esculpido em nosso Diploma Legislativo Constitucional, assegurando faculdades, liberdades e possibilidades individuais, são chamados de direitos, inerentes aos indivíduos em sua essência individual ou coletiva.

Já as garantias, são os instrumentos constitucionalizados por meio dos quais se asseguram o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara (repressivamente), caso violados.

Assim, necessário se mostra transcrevermos os ensinamentos de CHIMENTI⁶, que em seu curso, ensina que em Direito Constitucional, “os direitos” são dispositivos, declaratórios quem imprimem existência, razão de validade ao direito reconhecido, transmutando uma situação fática em uma situação jurídica, ou seja, positivada. No mesmo sentido, as “garantias” devem ser compreendidas como elementos assecuratórios, ou seja, configuram-se como dispositivos que asseguram, resguardam, respaldam, garantem o exercício de referidos direitos, ao mesmo tempo em que limitam o poder decorrente da soberania estatal.

⁵ LENZA, Pedro. Op. Cit. p. 527

⁶ CHIMENTI, Ricardo Cunha e outros. **Curso de direito constitucional**, p 55 e 56.

Compete-nos, por conseguinte expressarmos a lição de LUÑO⁷, sobre a temática abordada, a qual pedimos vênia para sua fiel transcrição, in verbis:

“Em el horizonte Del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

Em outras palavras, esses níveis de proteção individual configuram-se como produto de conquistas humanitárias que, passo a passo, foram sendo reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos de diversos países.

Pois bem, ante essas breves, porém necessárias digressões chegamos ao ponto fundamental, o fulcro de nosso trabalho. Patente, que ao longo de muitas décadas, para não se utilizar da expressão “séculos”, gradativamente e a “contas gotas” situações fáticas foram positivadas e constitucionalizadas como direitos fundamentais, inerentes e intrínsecos aos seres humanos, como bem asseverou ARAÚJO e NUNES em seu curso.

Paralelamente, outros questionamentos se arrebanharam em torno da temática, principalmente no que tange à eficácia, aplicabilidade e por nós, suscitada, a exequibilidade dos direitos fundamentais.

3. Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais

Nossa melhor doutrina, como regra geral, ensina que todas as normas constitucionais apresentam eficácia, sendo que algumas jurídica e social e outras apenas eficácia jurídica. Para SILVA⁸, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, limitada, contida e, por nós acrescida, temos as exauridas, sendo referida matéria acolhida, pela mais alta corte de nosso Estado, qual seja, o Supremo Tribunal Federal (STF).

⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechos fundamentales**, p. 25.

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. p. 23.



Normas de eficácia jurídica plena e aplicabilidade direta, imediata, integral são todas aquelas normas constitucionais que desde o momento em que está em vigor, estão aptas a produzir todos os seus reais, totais e integrais efeitos, independentemente qualquer norma de natureza integrativa, ou seja, infraconstitucionais.

As normas Constitucionais de eficácia limitadas, também denominadas de aplicabilidade mediata, deferida e reduzida, são aquelas que desde o momento em que entram em vigor, apesar de sua existência material, não possuem aplicabilidade prática, por conseguinte, são destituídas de eficácia por não se encontrarem regulamentadas quanto ao seu campo e forma de atuação social, necessitando, para tanto, de norma integrativa de natureza infraconstitucional para que venham a ser produzidos seus reais, totais e cabais efeitos jurídicos pretendidos.

De outro lado temos as normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade contidas, que são aquelas que tais como as de eficácia e aplicabilidade plenas surtem seus reais, totais e cabais efeitos desde o momento em que entram em vigor, não necessitando de norma integrativa de natureza infraconstitucional para que venha a produzir efeitos na seara jurídica. Entretanto poderá haver norma infralegal, limitando o campo de atuação, inicialmente assegurado pelo legislador, seja ele constituinte originário e/ou derivado.

Temos, também e, não poderíamos deixar de indicá-las, as normas constitucionais de eficácia e aplicabilidade exauridas, como sendo aquelas que por meio do alcance de seu objetivo material constitucionalizado, deixam de produzir seus reais, totais e cabais efeitos, sendo, de modo geral, realizadas apenas uma vez.

Agora, surgem os seguintes e inquietantes questionamentos, senão vejamos: por meio desse entendimento, não seria uma forma de se alijar direitos e garantias até então “assegurados aos indivíduos”, frente às normas, em sua essência, de eficácia e aplicabilidade limitadas? Não seria uma maneira demagoga, populista e cartesiana de se “assegurar, resguardar e tutelar direitos” não os assegurando, resguardando e tutelando de fato? Não seria uma forma, prever sua existência, mas por outro lado se frustra sua aplicabilidade e eficácia?

Esse é um questionamento de grande repercussão que até mesmo os Tribunais Superiores se furtam a abordar com a seriedade e tenacidade que se faz necessária.

Entretanto, nós no presente exposição temos a humilde pretensão em tentar desmistificar o embate jurídico, tecendo comentários fundamentados com o intuito de se verem implementadas as normas constitucionais de eficácia limitadas.

4. “Exeqüibilidade” das Normas Constitucionais

Estamos diante de um entrave jurídico, onde as normas definidas como programáticas ou institutivas não apresentam pronta exeqüibilidade.

Nesse contexto, esposamos o entendimento de que todas as normas, além de possuírem a eficácia jurídica que lhes são inerentes, intrínsecas e pertinentes devem, por óbvio, ser interpretadas de forma mais benéfica ao cidadão, fazendo jus, portanto ao título recepcionado por nosso diploma Constitucional, quando lhe denominam de “Constituição Cidadã”.

Todas as normas constitucionais devem surtir seus efeitos da forma mais completa e em benefício de todos, tanto na essência individual como coletiva, pois, em sentido contrário, estar-se-á amparando os interesses obtusos e obscuros daqueles que se insurgem à edição de normas de natureza infraconstitucionais regulamentadoras de dispositivos “não auto aplicáveis”

Ainda hoje temos, a título de exemplificação, o artigo 37, inciso VII, o qual assegura que o direito de greve ao servidor público será exercido nos termos de lei específica, qual seja, lei complementar, que apesar de já decorrerem 21 anos da promulgação do texto constitucional, tal direito ainda encontra-se alijado, havendo tão somente um Decreto n° 1.480, de 03 de maio de 1995, o qual acomete sanções a todos aqueles que participarem ou derem causa a movimentos de paralisação grevistas.

No mesmo sentido, temos outra norma programática, tais como as do artigo 196, 225 além de outras que se apresentam como carecedoras de regulamentação integrativa.

Nessa senda, impera o seguinte questionamento: como proceder o indivíduo e o Judiciário frente a tais omissões?

Pois bem, esposamos o entendimento, de que mesmo diante de normas que se apresentem como “não auto-aplicáveis” delas deverão surgir e emergir algum efeito, no

intuito de se assegurar e asseverar seus ditames e, bem como o exercício de seu conteúdo material.

Não pode o legislador alijar e ceifar os direitos sofridamente conquistados pela humanidade, simplesmente por não editar norma mera norma integrativa.

Apesar da existência de mecanismos jurisdicionais, tais como o mandado de injunção (pela via difusa, aberta, exceção ou defesa, *incidenter tantum*), assim como pela via concentrada, o poder judiciário não pode, ao fim da prestação da tutela jurisdicional exorbitar sua função meramente julgadora, “editando leis”, “criando complementos”, aplicando aquilo que não se aplica, por falta de imperatividade legal.

Ainda assim, posicionamo-nos no sentido de que a normatividade constitucional deve ser perene, constante e indubitável, não havendo que se falar em dependência de outra norma, até mesmo pela natureza que a norma constitucional possui no seio do ordenamento jurídico pátrio.

Entender que a norma Constitucional não pode surtir seus efeitos pretendidos e esperados, simplesmente ante ao fato de que a norma de natureza inferior não existe ou mostra-se deficitária é relegar o Texto Constitucional à mera portaria ou resolução, como as mais das inferiores espécies normativas vigentes em nosso Estado Federal.

Nesse diapasão, se se assegura o direito ao meio ambiente equilibrado, que tal direito seja tutelado continuamente não só por meio de políticas públicas, mas pela interferência salutar do poder jurisdicional. No mesmo sentido, se assegura o direito ao exercício da greve pelo servidor público, de modo que, não pode, nem deve, um mero Decreto Federal, se sobrepor à hierarquia constitucional afrontando o direito nela previsto.

Se se assegura o direito a saúde, a proteção familiar, à criança, ao adolescente, ao idoso, ao consumidor, aos direitos de terceira e quarta gerações, que tais direitos sejam implementados de pronto, inobstante norma integrativa infralegal “suprir” eventual lacuna constitucional, caso contrário, estar-se-á tratando de normas constitucionais “em branco”, como sendo aquelas estudadas em Direito Penal, onde através de fonte homogênea ou heterogênea, os dispositivos penais, ou seja, o *preceptum juris* são complementados por dispositivos encontrados tanto na legislação como em decorrência de portarias e atos ministeriais heterônomos.

A tutela endojurisdicional deve ser prestada não para através de um procedimento formalista, vir a constituir em mora o Poder Legislativo, corrompido por interesses pessoais em detrimento do interesse público primário, qual seja, aqueles decorrentes da coletividade como um todo, mas sim para assegurar a aplicabilidade, a “exequibilidade” do direito então afrontado e carecedor de norma integrativa.

A simples constituição em mora do poder competente, não assegurará a pronta satisfação de sua pretensão, criando apenas uma mera expectativa de direito, o que não se mostra como a melhor política de pacificação social.

Não estamos a falar em lacuna jurídica, onde o aplicador da lei assegura o exercício de um direito pelo instituto da analogia, costumes ou princípios gerais do direito. Estamos a indicar que a norma constitucional tem poderes bastantes e inquestionáveis para corresponder aos anseios sociais de forma pronta e integral, não havendo que se falar em norma de eficácia limitada, até mesmo porque, eventuais limites só podem ser instituídos pelas próprias normas de natureza constitucionais, embora não seja esse, o real sentido do signo.

Entretanto, sempre que ocorrer a falta de legislação infraconstitucional o juiz não poderá se furtar a decidir, devendo, para tanto aplicar o artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, preenchendo-se assim a lacuna.

Assim entendemos, que a exequibilidade da norma constitucional é patente, imediata e fundante, independente de norma integrativa infraconstitucional, devendo sobremaneira ser tutelados e assegurados os direitos e garantias fundamentais.

Referências Bibliográficas

CHIMENTI, Ricardo Cunha e outros. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2005.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10ª ed. 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 9ª ed. 2006.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 7ª ed. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed. 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 16ª ed. 1998.