

HERMENÊUTICA - A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sadi José de Marco*

Resumo

Este trabalho está sendo elaborado com vista a reunir conceitos acerca da Hermenêutica jurídica, tomando-se por base seus fundamentos filosóficos, que colocados à luz dos doutrinadores fica demonstrado que Hermenêutica não é sinônimo de interpretação. O estudo trata, concomitantemente, da eficácia dos direitos fundamentais, envolvendo o que contém o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, abordando-se as diversas posições de juristas, doutrinadores e de modo especial a interpretação da mais Alta Corte de Justiça do país, a considerar que o texto literal é de claridade solar, verbis: ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Há que se analisar e estabelecer quais as disposições constitucionais são preservadas face ao texto. Palavras-chave: Hermenêutica. Direitos de defesa. Direitos em prestação. Eficácia dos direitos fundamentais.

1 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A Hermenêutica Jurídica tem por finalidade precípua adquirir conhecimento e destarte organizar de forma adequada os procedimentos visando estabelecer a essência representada pelo Direito, pois enquanto as leis positivas em sentido genérico estabelecem regras e solidificam princípios, esquadrandando-as em linguagem nítida e necessária, com a devida amplidão, todavia, sem pormenores, sendo função essencial de quem analisa o vínculo entre um conjunto de palavras em abstrato e o caso concreto, ou entre uma disposição em direito e um fato social, o que significa a aplicação do Direito, e que para se atingir este objetivo, se faz necessário preambularmente, perquirir e estabelecer o real sentido da regra positiva e na sequência o que se busca atingir bem como toda sua dimensão (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

Por sua vez a *interpretação* é dotada de técnica que visa atingir os fins desejados recebendo orientação dos princípios e regras que atuam em busca de aprimoramento considerando a participação da sociedade no desenvolvimento das doutrinas jurídicas, submetendo a arte, considerando seu desenvolvimento gradual cuja ciência submete o Direito, em parte aos postulados da Sociologia, e de outra banda à Hermenêutica, que por sua vez aproveita as deduções da Filosofia Jurídica para que com apoio delas traças novos sistemas de interpretação, encaixando-os de forma a inserir um espírito jovial atualizado a arte, aprimorando-a, impulsionando a cultura e auxiliando os descobridores da civilização (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

Daí que resulta o equívoco daqueles que aspiram trocar uma palavra por outra, ao invés de Hermenêutica, Interpretação, quando esta é o efeito daquela. A Hermenêutica se

* Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; sadidemarco@gmail.com

compõe de teoria científica da arte de esclarecer estabelecendo os princípios que regem a interpretação (MAXIMILIANO, 2013, p. 1).

1.1 A INADEQUAÇÃO DO TERMO “INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

Trata-se de matéria da mais alta indagação e que deve merecer de parte dos estudiosos uma avaliação antecipada das normas o que não quer dizer uma elaboração de tese que venha estabelecer o rumo em busca de uma sólida interpretação da disposição constitucional abrangendo as normas sejam elas originárias ou derivadas (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

Imperioso salientar que se torna relevante separar normas constitucionais originárias daquelas que forma objeto de emenda constitucional, sendo importante destacar que as primeiras recebem denominação de ‘*Interpretação Constitucional*’, ao passo que as segundas estão desprovidas das características que norteiam os pressupostos adotados pelo poder constituinte originário, sendo, portanto, este o âmago da questão, ou seja, Teoria da Interpretação do Direito em Geral (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

A Emenda constitucional aprovada no Congresso Nacional mesmo em cumprimento ao que dispõe o art. 60, §§ 2º e 3º, da Carta Constitucional de 1988, não tem o condão de abarcar as prerrogativas inerentes aos dispositivos que foram objeto de aprovação pelos constitucionais originários, por lhe faltar a pureza de procedência em exames da matéria, e em respeito às formalidades necessárias a que se pratique a efetividade (AYRES BRITTO, 2006, p. 139).

O que pode ocorrer diante da falta de qualificação constitucional para elaboração e votação de emenda constitucional? Em caso de aprovação de emenda constitucional em descumprimento às normas inseridas na Carta Constitucional de 1988, pode-se conjecturar acerca da possibilidade de lhe faltar a eficácia, pois houve violação os princípios que regem a matéria, considerando que a forma de interpretar a emenda constitucional diverge fundamentalmente daquela que faz parte do texto originário (AYRES BRITTO, 2006, p. 139-140).

As normas que devem ser seguidas quando da discussão de emenda constitucional, são rígidas, tem característica própria, consoante disposição específica em nossa Constituição Federal de 1988, e, suas formalidades devem ser adotadas integralmente quando da discussão e votação das matérias objeto da alteração constitucional, seguindo religiosamente as normas regimentais, legais e constitucionais (AYRES BRITTO, 2006, p. 140).

As normas originárias, em modelo próprio e força jurídica autodefinida, determinam obediência obrigatória às regras infraconstitucionais, pois se trata de questão hierárquica, estabelecendo cumprimento em todos os segmentos (AYRES BRITTO, 2006, p. 140).

A Carta Política original tem modelo próprio e adequado, ela nasce juntamente com sua elaboração, seus dispositivos são compostos por ela própria e não para ela, diferentemente das reformas ou emendas que sofrem de problema hierárquico fruto de sua feitura posterior, cuja composição deve obedecer pressupostos previamente estabelecidos na própria Constituição Federal e sua qualificação é uma hierarquização que vem de trás para frente, ou mesmo de fora para dentro sem que haja possibilidade em se alterar as regras previstas (AYRES BRITTO, 2006, p. 140-141).

Uma questão importante para se analisar é o fato de que a Assembleia Constituinte pode ser rebaixada à condição de *Assembleia Constituída* tão logo seja promulgada a nova

Constituição. Essa modificação ocorreu com a Assembleia Constituinte eleita em 1986, que após o ato de 05 de outubro de 1988, em que seu Presidente promulgou a Constituição de 1988, o Congresso Nacional passou a funcionar em forma bicameral, ou seja, Senado Federal e Câmara dos Deputados. Cumpre destacar, todavia, que o inverso não pode ocorrer, exemplificando, a Assembleia Constituída não tem a mínima condição de se ver convertida em *Assembleia Constituinte*. É um caminho sem volta (AYRES BRITTO, 2006, p. 141).

Diante do título: '*Interpretação Constitucional*', se está diante de regras especiais de interpretação de todo o conteúdo da Constituição, a salientar que a abordagem se fará no texto originário da Carta Magna (AYRES BRITTO, 2006, p. 141).

1.2 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO EM GERAL COMO ANTECEDENTE DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Quando se trata da matéria '*Interpretação da Constituição*' coloca o pesquisador, obrigatoriamente, em atividade em atividade de mais amplitude que pode ser a '*Teoria da Interpretação*' ou a '*Hermeneutica Jurídica em geral*', considerando-se que esta se constitui há mais tempo impondo hierarquia de conhecimentos (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

Quando se busca uma comparação entre as Assembleias: *Constituinte Originária* e *Derivada*, imperioso estabelecer um estudo para definir o nascimento do *Direito* como ciência em si e o surgimento do *Direito Constitucional* em particular, sendo imperioso destacar que este último adquiriu forma a partir de Constituições promulgadas no último lustro do século XVIII (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

Não se pretende afirmar algo novo, pois a lógica comprova que o Direito comum surgiu da Constituição, conseqüentemente a *Teoria do Direito* é anterior à *Teoria da Constituição*, daí resulta que na área da interpretação a conclusão é imediata, ou seja, a *Teoria da Interpretação* em sentido amplo surgiu primeiro do que a *Teoria da interpretação da Constituição* em sentido específico, em razão disso a Interpretação da Constituição tem como destaque a divisão da Hermenêutica Jurídica em geral (AYRES BRITTO, 2006, p. 142).

2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Fernand Lassalle, em 16 de abril de 1862, em entidade associativa de ideias liberais e progressistas, em Berlim, ao fazer exposição oral acerca da real situação da Constituição, para quem, as questões constitucionais '*não são jurídicas*', mas sim '*questões políticas*', e, que representam uma relação de poder: o poder militar, representado pelas Forças Armadas. O poder social, pelos latifundiários, o poder econômico pela grande indústria e pelo grande capital, o poder intelectual pela consciência e cultura, gerais. Essas forças conjugadas é que formam a Constituição verdadeira. O documento *Constituição*, ou seja, a *Constituição jurídica* - não passa na concepção de Lassalle, de *um pedaço de papel*, sofrendo as limitações do que contem a Constituição real, para quem, a matéria constitucional não é jurídica, em sua origem, mas sim política, cujo ensinamento não é somente de políticos, mas também de juristas, porquanto, passados 40 anos, assim também se manifesta *George Jellinek* quando afirma que as regras jurídicas da Constituição

não são suficientes para controlar os poderes que políticos, os quais tem atuação diversa das regras do direito, e não se trata de questão antiga, pois viceja atualmente, uma vez que a práxis política diária mostra que o poder da força se sobrepõe à força do direito, quando de pode exemplificar com o movimento social do MST. Neste quadro de força física, a *eficácia da Constituição jurídica* constitui-se em limite hipotético, porquanto a Constituição jurídica em função fundamental cede diariamente à Constituição real, e, cuja negação, enquanto ciência jurídica, pois o Direito Constitucional é uma ciência normativa, lhe nega o valor, fato que diferencia a Ciência Política da Sociologia, enquanto *ciência de realidade*, faltando ao Direito Constitucional a defesa de uma ordem estatal justa, cabendo-lhe um papel indigno de justificar as atividades do poder dominante descharacterizando-se como ciência normativa, transformando-se em simples ciência do ser. Diante dessa situação, haveria diante do poder das forças políticas e sociais, igualmente, uma força do Direito Constitucional? Pois o conceito de Constituição jurídica e da Ciência do Direito Constitucional, enquanto ciência normativa, dependem da resposta essas indagações (HESSE, 1991, p. 9-12).

O sentido de significação jurídica há que ser analisado em conjunto, ou seja, ordenação e realidade. Ambas umbilicalmente dispostas, pois, se em análise isoladamente visualiza-se a ordenação jurídica como regra em vigor ou não, e quanto a realidade política e social se analisada em forma única identifica o problema parcialmente, com demonstração inequívoca de que no plano constitucional análise separada de realidade e ordem jurídica, entre *ser* e *dever ser* não conduz a resultado algum, porquanto a norma constitucional não mantém autonomia diante da realidade, tendo como fundamento a *vigência*, e que a pretensão de eficácia está historicamente unida em sua efetivação, e de forma diversificada com utilização de regras adequadas, sendo que a busca da eficácia da norma constitucional não se confunde com as condições para sua efetivação; pretende-se a eficácia unindo-se às condições. A Constituição não surge apenas como expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser* e em razão da pretensão de eficácia, a Constituição procura implementar ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, 1991, p. 13-15).

Mantendo terminologia anterior: “Constituição real” e “Constituição jurídica” mantém relação coordenada. A Constituição jurídica tem sentido próprio e sua pretensão de eficácia surge como parte autônoma daí resultando a realidade do Estado, que é quando a Constituição adquirindo força normativa concretiza sua pretensão de eficácia. Em razão disso surge a indagação acerca das *possibilidades* e dos *limites* de sua efetividade sendo que nesta relação independente está difundida a pretensão de eficácia. Para *Humboldt*, nenhuma Constituição elaborada com racionalidade terá êxito, somente aquele fruto da luta do acaso poderoso com a reflexividade obtém sucesso, ou seja, somente uma Constituição vinculada a fatos históricos e suas consequências, mas dotada de uma ordenação jurídica seguindo os princípios da razão pode consolidar-se. Em dezembro de 1813, em monografia sobre a Constituição Alemã, Humboldt explanou as reflexões:

As Constituições, afirma, pertencem àquelas coisas da vida cuja realidade se pode ver, mas cuja origem jamais poderá ser totalmente compreendida e, muito menos, reproduzida ou copiada. Toda Constituição, ainda que considerada como simples construção teórica, deve encontrar um germe material de sua força vital no tempo,

nas circunstâncias, no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento. Afigura-se altamente precário pretender concebê-la com base, exclusivamente, nos princípios da razão e da experiência.

Com essa posição Humboldt obteve êxito em sua definição acerca dos limites da força normativa da Constituição. Para não permanecer “*eternamente estéril*”, a Constituição jurídica não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Sob pena de faltar à Constituição o estímulo fundamental à sua vitalidade não pode omitir disposições expressas acerca de direitos sociais, culturais, políticos e econômicos, ou normas contrárias a tais leis não devem prosperar ante sua natureza inerente à força propulsora e conseqüente eficácia da Constituição, sendo imprescindível que elas tenham fundamentação atualizada, e, que, segundo Humboldt, demonstra eficácia se adotar o princípio da necessidade, ou seja, sua vitalidade e efetividade tem suporte na vinculação às forças livres e às tendências do seu tempo. Se a Constituição, individualmente, não pode determinar um ofício ou tarefa, entretanto, há que estabelecer a vontade em cumprir as ordens dela emanadas, e, cuja vontade tem sua origem em três sentidos: baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável; que proteja o Estado; reside na compreensão de que essa ordem é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos necessitando de legitimação permanente; pelo fato de se basear na consciência a ordem não produz eficácia sem a participação da vontade humana. A ação que define o fundamento e eficácia da Constituição se baseia na natureza das coisas, que com a condução e o impulso as transforma em força ativa cujos pressupostos possibilitam o desenvolvimento de sua força normativa; os pressupostos envolvem o que se contém na Carta Constitucional e em práxis constitucional. No que tange ao conteúdo há que envolver questões políticas, sociais e econômicas, inserindo o estado espiritual contemporâneo, por sua vez a constitucionalização de interesses, atualizando-os, necessita de revisão constitucional com diminuição de sua força normativa. A Constituição não pode ter sua base numa *estrutura unilateral*, buscando preservar os Direitos Fundamentais com deveres correspondentes. A força normativa da Constituição depende do seu conteúdo e da práxis. O respeito à Constituição se sobrepõe aos demais interesses, inclusive os momentâneos, tornando-se salutar, por vezes, renunciar interesses na busca da defesa do Estado Democrático de Direito, e, torna-se perigosa a iniciativa frequente de revisão constitucional cuja estabilidade torna-se condição essencial à eficácia da Constituição; sua *interpretação* representa fator decisivo a fim de consolidar e preservar a força normativa da Carta. Torna-se inconteste o fato de que a eficácia da Constituição está sujeita aos fatos concretos da vida, e que a interpretação correta é aquela que permite concretizar o sentido da proposição normativa, o que significa que uma alteração nas relações físicas pode mudar a interpretação, todavia, o sentido da proposição estabelece um limite, cabendo propositura de emenda constitucional buscando evitar supressão de direitos. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 15-23).

A Constituição jurídica faz parte da história e faz parte da realidade do seu tempo, cuja eficácia faz parte dessa realidade que amolda o sistema normativo a realidade políti-

ca e social, daí resultando uma correlação entre o *ser* e o *dever ser*, despertando a força normativa com influência nessa realidade. Surgem limites à força normativa da Constituição, dotados, por vezes de imprecisão quando a qualidade é formada pela vontade da Carta juntamente com fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, caracterizando-se a força normativa da Carta diante de sua intensidade, quando as restrições serão menos intensas, a considerar que a vontade de Constituição não consegue eliminar os limites, e, nenhum poder do mundo pode fazê-lo. Se as forças que podem alterar o texto constitucional lhe tributarem respeito, mesmo em época de turbulência, a Carta consegue manter incólume e dar proteção ao Estado contra as investidas do arbítrio, é quando a Constituição é submetida à prova de fogo, isto ocorre em situação de emergência, em tempo de necessidade, em harmonia com tese de *Carl Schmitt*, para quem, o estado de necessidade é caracterização da força normativa da Constituição, quando se torna imperioso estabelecer a superioridade da norma sobre a situação fática.

Se a Constituição jurídica não representa simples pedaço de papel como entende Lassale: Se ela não se é impotente para dar efetividade ao poder, como ensina Georg Jellinek, tese endossada por naturalistas e sociólogos, e, está umbilicalmente ligada à história do seu tempo, não há que considerá-la, diante de conflito, como parte fraca, pois existem dispositivos que, em caso de conflito podem assegurar a força normativa da Carta, e, apenas quando tais pressupostos não puderem ser cumpridos é que a Constituição jurídica fenecerá ante a Constituição real. A Constituição jurídica tem sentido próprio diante da Constituição real, mas o Direito Constitucional não está submetido à renúncia enquanto disciplina jurídica, porquanto depende de ciências como a História, a Sociologia, a Economia, cabendo-lhe preservar a consciência dos seus limites. Já a Constituição é resultado da forma normativa do Estado e tem limites, sendo que sua eficácia está na dependência dos princípios que lhe são inerentes, mas cuja força normativa há de ser concretizada pela Ciência do Direito Constitucional, não quando demonstra que disposições constitucionais são questões de poder e sim quando estabelece regras objetivando que elas se convertam em poder, ou seja, o Direito Constitucional deve esclarecer quais as formas com as quais as normas constitucionais podem constituir a maior eficácia possível, realçando, despertando e preservando a vontade inserida na Constituição garantindo sua força normativa (HESSE, 1991, p. 24-27).

Prevalece na atualmente respeito aos elementos que constituem a Constituição jurídica do Estado moderno, cujos argumentos e discussões envolvem a União e os Estados da Federação, no que se refere às relações entre os mais variados órgãos governamentais e respectivas funções, envolvendo Políticas Públicas internas com medidas “juridicizadas” Há resistência da parte política às disposições constitucionais, todavia, todos estão submetidos à ordem constitucional e seus princípios basilares não podem ser objetos de emenda constitucionais, cujos dispositivos originários atribuíram quase ilimitada competência às Cortes Constitucionais que em análise a parâmetros jurídicos proferem a palavra final em apreciação a conflitos constitucionais ainda que acerca de questões fundamentais da vida do Estado, envolvendo inclusive o Direito Civil que está sujeito a análise dos Tribunais Federais, ficando demonstrado que a força normativa da Constituição depende da satisfação de determinados pressupostos relativos à práxis e ao que se insere na Carta, cuja vontade

de Constituição se torna imprescindível à preservação dos seus postulados, mesmo porque a Lei Fundamental ainda não está consolidada em sua plenitude na consciência em geral. A Lei Fundamental estabelece algumas normas que pode provocar conflito entre o Direito Constitucional e a realidade ameaçada, considerando que houve alteração inequívoca na vida do homem moderno em consequência da revolução industrial, questiona-se acerca da efetividade das normas diante de situação envolvendo interesses conflitantes uma vez que não se trata de estado de necessidade ou de anormalidade, e sim, dada a particularidade de que a Lei Fundamental foi promulgada em época de estabilidade econômica e que as situações de emergência provocadas por divergências políticas, econômicas e sociais não tem solução prevista na força normativa da Carta, não havendo previsão no texto do estado de necessidade, cuja matéria constava na competência das Forças de Ocupação. As crises econômicas e de segurança pública também não foram contemplados, o que, com algumas exceções, a Republica Federal da Alemanha, não dispõe de estatuto prevendo o estado de necessidade. Há que se ter coragem no enfrentamento da situação, ocorre inegável equívoco imaginar que a ameaça não se realize, cuja lacuna provocará falta de disposição normativa cuja medidas podem ser justificadas num estado de necessidade suprapositivo, cuja proposta demonstra de forma inequívoca que o sentido da necessidade ultrapassa os limites, deixando de se implementar regulação normativa, fato que impede o desenvolvimento da força normativa, e, havendo desistência da Lei Fundamental a disciplina do estado de necessidade determina a capitulação do Direito Constitucional em razão dos fatos, sobejando saber se haverá restabelecimento da ordem constitucional e, em caso positivo, de que forma, tendo como resposta que o futuro do Estado vai depender de questão de poder ou da manutenção da força normativa da Carta, e também do seu pressuposto fundamental, a vontade da Constituição (HESSE, 1991, p. 28-32).

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INTERLOCUTÓRIAS

Ao abordar o sistema de eficácia das normas constitucionais conclui-se que todo e qualquer preceito, ainda que programático contém algum grau de eficácia jurídica, sendo que razoável parcela de classificações não terem o destaque que merecem quanto a eficácia. Quanto ao sistema de ordenamento anteriores a Carta de 1988 quando inexistia algo similar ao que reza o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, que trata da aplicação imediata, tem-se opinião de dois juristas: Celso Bastos e Roberto Barroso, tendo este e Maria Helena Diniz abordado o tema após a promulgação da Carta Política de 1988, cuja tendência seria a aplicação direta dos direitos fundamentais a todas as normas constitucionais, sendo que a última restringiu às normas constantes na relação das 'cláusulas pétreas', classificando-as como de normas absolutas. Considerando que as normas constitucionais de modo geral se manifestam de forma diferenciada quanto as técnicas de positivação, as de direitos fundamentais, igualmente, não são unanimidade. Quanto as técnicas de positivação carecem de investigação científica ao tratar de normas definidoras de direitos torna-se importante mencionar o que dispõe o art. 5º, XXXII, da Constituição que se reporta ao consumidor, com trabalho desenvolvido pelo jurista Eros

Grau. No Título da Ordem Económica e Social encontram-se normas já positivadas como se vê no art. 205, que trata da educação: “direito de todos e dever do Estado e da família”. Dispositivo que trata da distribuição de lucros das empresas (art. 7º, XI, CF), que na concepção do eminente constitucionalista português Gomes Canotilho, seriam normas impositivas. Nesse diapasão faz-se referência às garantias institucionais, por exemplo, o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, CF). O jurista Roberto Barroso, não usa o critério da técnica da positivação, e, sim no da posição jurídica, da qual se aproxima o preclaro jurista Celso Bandeira de Melo. Quanto a técnica da positivação o jurista Roberto Barroso adota a ciência dos tipos, enquanto outros doutrinadores sugerem uma classificação dos direitos fundamentais em consonância com a forma de positivação, restringido-se aos direitos sociais, que para Canotilho, que recebendo apoio do espanhol Lopes Luño, para positivá-los de quatro formas: princípios programáticos; princípios para atuação dos poderes públicos; normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária; e normas específicas ou casuísticas. Importante destacar que os direitos fundamentais em razão das diversas funções, classificam-se em dois grandes grupos: direitos de defesa (liberdade, igualdade, direitos sociais e políticos); direitos a prestações (direitos a prestações em sentido amplo e sentido estrito. Diante deste quadro se faz necessário a intervenção do legislador para que os direitos de defesa e prestacionais tenham plena eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2012, p. 257-261).

3.1.1 A aplicabilidade imediata (direta) e plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988

A Constituinte de 1988 ao inserir no texto constitucional o dispositivo: ‘*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*’ (art. 5º, § 1º, Constituição Federal), sofreu influência de outras Constituições, dentre as quais:

- a) Portuguesa, art. 18/1;
- b) Uruguai, art. 332;
- c) Alemanha, art. 1º inc. III Lei Fundamental.

Importante destacar que o anteprojeto da “Comissão Afonso Arinos”, em seu art. 10, continha disposição semelhante. Surgem opiniões no sentido de que apenas aos direitos individuais e coletivos aplicar-se-ia o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, assim também houve quem sugerisse ‘*nova exegese*’ na mencionada norma defendendo interpretação restritiva, a considerar que o Constituinte “*disse mais do que o pretendido*”. Ainda que a análise se faça partindo de interpretação teleológica, atinge-se a mesma situação, já que o Constituinte, por certo, não pretendia excluir da disposição em análise, os direitos políticos, de nacionalidade, e, sociais. Nestes, alguns dispositivos elencados demonstram que a aplicação imediata não deixa dúvida, exemplo: art. 9º (direito à greve); art. 8º (livre associação sindical); e, mesmo os descritos no art. 7º, e, incisos, da Carta Política. Sustenta, portanto, a aplicabilidade imediata de todos os dispositivos previstos do art. 5º a 17, além de outras constantes do texto. Há que se esclarecer que surgem proble-

mas de interpretação quanto a eficácia e aplicabilidade do que reza o art. 5º, § 1º da CF, com surgimento de concepções diversas. Alguns entendem que a eficácia atinge somente quando a lei dispuser. Outros, que todas as normas, inclusive as de cunho programático ensejam aplicação imediata independente de aprovação legislativa. Constata-se que mesmos os que defendem aplicação da norma - art. 5º, § 1º, de forma restrita admitem que o Constituinte, ante expressa previsão textual quis evitar o esvaziamento da norma ou que ela representasse letra morta. Diante disso questiona-se se a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, por si, possui força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas imediatamente aplicáveis e dotadas de plena eficácia. Cumpre salientar que precisamente em razão da existência da natureza dessas normas que serviram de base para os que defendem a tese de que a aplicação imediata não pode prosperar considerando as características estruturais, o que vem significar que o contido no art. 5º, § 1º, da CF, venha alcançar plena eficácia após uma *interpositio legislatoris* (interposição legislativa) envolvendo direitos prestacionais. Todavia, para Felipe Bastos os direitos fundamentais, em principio, são diretamente aplicáveis, com duas exceções: quando a Constituição remete a matéria à lei; quando a norma não contiver os elementos mínimos indispensáveis. Cabe mencionar tese segundo a qual a Constituição carece de normas programáticas consagrando aplicação imediata dos direitos fundamentais, tendo a Constituinte adotado medidas nos casos omissos de parte do legislador com a inserção do Mandado de Injunção (art. 5º LXXI, da CF), e do direito-garantia fundamental - a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF). A instituição do Mandado de Injunção, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade demonstra que servem de instrumento à garantia da aplicabilidade imediata, e da eficácia dos direitos fundamentais. Argumenta-se, entretanto, que a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais dispensaria os institutos acima, como bem definiu o Ministro Sepúlveda Pertence em Mandado de Injunção nº 438 (in: RDA n. 201, 1995), decidindo que a norma contida no art. 37, inc. VII - *o direito de greve será exercido nos termos, e nos limites definidos em lei específica* - que para o Ministro 'constitui norma de eficácia contida (restringível), sendo de aplicação direta e eficácia imediata. Conclui-se, daí, que em caso de descumprimento de algum direito fundamental, adota-se, de pronto, a norma jurídica, conferindo-lhe plena eficácia, independente de lei. Ainda que se admita a existência de normas programáticas não há como compartilhar da ideia dos que sustentam ser dispensável ou supérflua a norma inserida no art. 5º, §1º, da CF. Diferentes são as épocas em que vigorava a constituição americana do século XIX, e aqui Rui Barbosa, em que não se questionava normas autoaplicáveis, cabendo destacar que a história é diferente, os tempos são outros, e a contemplação dos problemas são vistos e adotados de outra forma. Constituição de 1988 considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicação imediata, e inseriu no texto elevado número de direitos fundamentais sociais classificados no grupo dos direitos de defesa, aos quais o preceito do art. 5º, § 1º, da CF, atribui sentido diferenciado, e que não poderá sofrer redução a outros princípios constitucionais o que seria equiparar direitos fundamentais com normas constitucionais. Alguns doutrinadores defendem os pressupostos de que o preceito determina vinculação de todos os órgãos públicos ou particulares aos direitos fundamentais, compelindo aqueles a aplicá-los e estes a cumpri-los, independente de

lei. Em idêntico procedimento cabe ao Poder Judiciário determinar aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia, cabendo aos juízes e tribunais uso do art. 4º, a Lei de Introdução ao Código Civil que estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Não se pode aderir, todavia, integralmente à regra de que a norma contida no preceito do art. 5º, § 1º, da CF, torna-se imediatamente aplicável e inteiramente eficaz. De outra parte, não cabe ao Poder Judiciário a adoção de medidas buscando o preenchimento das lacunas de forma ilimitada e, em ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, com especial análise para os direitos sociais prestacionais, levando-se em conta a reserva do possível e a colisão com outros direitos fundamentais quando urge aplicar o sopesamento. Há normas que independente de participação legislativa são dotados de normatividade suficiente podendo ser aplicado ao caso concreto, de pronto, sua eficácia plena. Há normas de cunho principiológico e consideradas como de otimização ou maximização, quando estabelecem aos órgãos públicos atribuição de reconhecer o maior índice de eficácia possível, entendimento adotado por Gomes Canotilho e Flávio Piovesan. A aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, diante da ausência de fato concreto, deve ter o devido fundamento e justificação assentados. Os direitos fundamentais se cotejados com as demais normas da Carta Constitucional, possuem maior aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma, da função e do objeto. Surgem dois críticos. João Pedro Gebran Neto que adota interpretação restritiva estabelecendo eficácia apenas aos direitos individuais e coletivos quanto ao preceito em exame. Por sua vez, Sérgio Fernando Moro, que afirma ser a tese do autor ‘um avanço significativo’, salienta que o modo de interpretar e o significado quanto ao preceito em análise, ‘pode, entretanto, como 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’. O autor suscitou problemas e teceu considerações acerca do sentido da aplicabilidade dos direitos fundamentais, mas servirão de base para análise da eficácia dos mesmos em seus aspectos específicos e aos diversos grupos de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 261-274).

3.1.2 A eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita: significado da aplicabilidade imediata para cada categoria dos direitos fundamentais

3.1.2.1 A título de preliminar

Esta análise busca positivar direitos fundamentais quanto sua eficácia e aplicabilidade, sem que envolva outros aspectos, mesmo porque se constatou que a graduação depende da sua densidade normativa dependendo da forma como foi elaborada o texto e a finalidade precípua de cada direito fundamental individualizado. Parte-se da divisão em dois grupos dos direitos fundamentais: os direitos de defesa; os direitos a prestações, quando se torna império estabelecer a diferença dos grupos de direitos entre si, com destaque para o grupo dos direitos sociais prestacionais, a considerar que é nesta área que surgem as maiores dificuldades, sendo imprescindível estabelecer quais as linhas funda-

mentais em busca de otimização da máxima eficácia possível, em favor da aplicabilidade imediata e da eficácia pleno dos direitos fundamentais haja vista norma inserida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que servirá de base para o estudo de ambos os direitos, tanto de defesa, quanto prestacionais, todavia, se torna relevante destacar que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não esclarece a forma como ela ocorre e nem quais efeitos jurídicos lhe são específicos, ressaltando que preliminarmente se fará uma abordagem genérica das cargas eficácia dos direitos fundamentais, e, da viabilidade de sua justiciabilidade enquanto direitos subjetivos, protelando a questão específica da eficácia vinculativa dos direitos fundamentais no que se refere aos órgãos estatais e aos privados (SARLET, 2012, p. 274-275).

3.1.2.2 A eficácia dos direitos de defesa

A eficácia plena envolvendo os direitos de defesa onde estão inseridos especialmente os direitos de liberdade, de igualdade, direitos-garantia, direitos institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral, postulam um comportamento de abstenção tendo como referência tanto dos poderes estatais quanto dos particulares - como destinatários dos direitos - não havendo questionamento quanto sua efetividade, diversamente do que ocorre com os direitos sociais, especificamente aqueles relativos as prestações, partindo do pressuposto de que os direitos de defesa, de modo geral, contam com a omissão do Estado, que deve evitar sua participação, na área da participação pessoal de liberdade, no campo de proteção do direito fundamental, eis que normalmente, não se faz presente, a dependência da realização dos referidos direitos de prestações - fáticas ou normativas - do Estado ou dos destinatários da norma, que no conceito de Roberto Barroso, contam a própria lei da inércia. Cabe acrescentar que tanto a aplicação imediata quanto a eficácia plena destes direitos fundamentais encontram suporte no fato de que essas normas foram consagradas pelo Constituinte que lhe conferiu a devida normatividade, dispensando aprovação legislativa em harmonia com a clássica concepção das normas autoexecutáveis, conseqüentemente na área dos direitos de defesa, a norma prevista no art. 5º, § 1º, da Carta Política tem como finalidade essencial propiciar a aplicação imediata, independente de todo e qualquer tipo de intervenção, garantindo a plena justiciabilidade destes direitos de defesa e conseqüente exigibilidade em Juízo. A aplicabilidade dos direitos de defesa, na interpretação de Vieira de Andrade, ao tratar de direito envolvendo - liberdades e garantias - em suma, de direito de defesa - e em caso da falta - ou insuficiência - da lei, adota-se o princípio da aplicabilidade direta, que tem força de exigibilidade direta das normas constitucionais, antevendo sua autosuficiência alicerçada no caráter líquido e certo do próprio conteúdo, cabendo aos juízes, doutrinadores e operadores do direito aplicar as normas constitucionais em sintonia com a hermenêutica jurídica e sua devida interpretação, dispensando-se, para aplicação destes direitos fundamentais de natureza dos direitos de defesa, da disposição legislativa, cabendo ao Poder Judiciário, interpretação dos dispositivos constitucionais. A validade da conduta para os direitos de defesa atingem razoável parcela dos direitos fundamentais sociais, que, sua condição defensiva e da própria estrutura voltada aos direitos de liberdade e igualdade

estão a exigir um afastamento de parte do destinatário, que não depende de verba ou de aprovação legislativa, cuja matéria já foi objeto de análise, segundo entendimentos já espostos, geram plena eficácia para o titular de um direito subjetivo - situação plenamente desfrutável, sujeitando-se apenas à abstenção - Fazendo-se, quanto ao paradigma acima comentado um comparativo com o art. 17, da Constituição portuguesa de 1976, dispondo acerca de direitos fundamentais análogos - no sentido de equiparáveis - aos direitos, em especial o da aplicação direta, e respectiva proteção às restrições legislativas, em harmonia com o que reza o art. 18, da já referida Constituição portuguesa. A Constituição de 1988 não dispõe de artigo semelhante ao art. 17, da Carta portuguesa, mesmo porque o art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna se aplica a todos os direitos fundamentais - no que o Constituinte brasileiro foi mais corajoso, em razão disso, aos direitos sociais de defesa - as liberdades sociais - o princípio da aplicação imediata e do pressuposto dela resultante não deveria ser objeto de contestação, quando diversos exemplos podem ser exibidos:

- a) direito à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias (art. 7º, XVIII, CF);
- b) proibição de discriminação ao trabalho, de exercício de função, critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, CF);
- c) proibição de discriminação quanto a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI, CF);
- d) proibição de distinção de trabalho manual e intelectual entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF);
- e) proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos, ou de qualquer trabalho a menores de 16 anos, ao não ser na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7º, XXXIII, CF);
- f) igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o avulso (art. 7º, XXXIV, CF)
- g) o direito a livre associação profissional e sindical (art. 8º, CF);
- h) é assegurado o direito de greve. Ainda que se considere como plena e inarredável a eficácia dos direitos de defesa em razão do que reza o art. 5º, §1º, da CF, não se pode olvidar que tanto a base invocada nesta matéria, quanto àqueles relativos as prestações, não tiveram aprovação incontestada em nosso direito jurisprudencial.

Em comento Mandado de Injunção, abordando a falta de lei acerca de greve do servidor público (art. 37, VII, CF: *o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica*), julgado pelo Excelso Pretório, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, oportunidade em que a Suprema Corte deu provimento em parte, argumentado que *‘o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada, depende de concretização legislativa, o que resultou na inconstitucionalidade por omissão e na comunicação da decisão ao Congresso Nacional (BRASIL, 1988, p. 166 e ss.)*. Cumpre ressaltar que o STF, seguiu a mesma linha de conduta já manifestada por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 20-4, em 19.05.94. Acredita-se im-

portante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo diante de um legítimo direito de defesa - no caso, uma liberdade social - *sustentou a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio Constituinte esta como pressuposto do direito fundamental*. Ao comentar a decisão da Corte Constitucional o autor entende que partindo do *principio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais as criticas dirigidas contra essa decisão do STF não deixam de ser - ao menos parcialmente - procedentes*. Aborda o autor a ausência da omissão contumaz e injustificada do legislador, não estaria o poder público investido de poderes para reter os vencimentos do servidor, endossando tese esposada pelo Relator, Ministro Marco Aurelio, que por sua vez acentua, ser a greve direito fundamental também do servidor público, considerando desproporcional e ofensiva à dignidade do servidor dos vencimentos (vide Agravo Regimental n. 2.016-DF, Boletim Informativo n. 248, - STF).

Diante da posição adotada por José Afonso da Silva que estabelece distinção quanto as normas de eficácia contida - onde a remissão ao legislador não retira da norma sua plena eficácia e aplicabilidade imediata, mas apenas significa a possibilidade de restrições posteriores na esfera dos efeitos jurídicos - das normas de eficácia plena. Partindo dessa premissa o autor volta a defender dois grupos no que se refere a sua eficácia jurídica, e, ratifica posição anterior em que ao se tratar de direitos de defesa a falta da lei não impede aplicação ao que estabelece o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Já quanto sua aplicação em direitos sociais ventila a questão da falta de recursos orçamentários, e menciona o *limite da reserva do possível*, tecendo criticas à falta de legitimação dos tribunais em apreciar tão palpitante matéria. Ao restabelecer o debate acerca da greve dos servidores públicos, menciona voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que somados àqueles dos Ministros: Eros Grau, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, em Mandados de Injunção nºs., 670 e 712, de 07.06.2006, com pareceres pelo conhecimento e provimento que diante da reiterada e contumaz omissão do Poder Legislativo Federal em apreciar a matéria, asseguraram o direito subjetivo de greve aos servidores federais, aplicando, em razão da falta de legislação própria e específica, a lei nº 7.783/1989, que trata do exercicio de greve da iniciativa privada, cumpre salientar, todavia, que os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, votaram pela necessidade da manutenção dos serviços públicos, e, da viabilidade, dependendo do caso, de o Juiz estabelecer regime de greve rígido quando se refere a serviços essenciais.. Constata-se, pois, que os direitos de defesa classificam-se na condição em que a norma constitucional confere ao particular um situação subjetiva ativa - um poder jurídico - cuja eficácia há de ser imediata e independente de prestação alheia, desde que haja abstenção de parte do destinatário da norma, conforme proposta do eminente jurista *Celso Antonio Bandeira de Mello*. Demonstrado está que esse direito subjetivo pode manifestar-se de diversas formas, pelo que é razoável assentar que no entendimento de Robert Alexy em se tratando de direitos de defesa, os direitos fundamentais podem ser classificados em tres categorias: direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; direitos à não afetação de propriedades e situações do titular do direito; direitos à não eliminação de posições jurídicas. E destarte, conclui o autor, que mesmo diante do que estabelece, até o momento, a Suprema Corte Constitucional chega-se à conclusão que em se tratando de direitos de defesa, opta-se pela aplicabili-

dade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem preponderar, impondo-se aos juízes e tribunais para que apliquem as adequadas normas aos casos concretos, ensejo o pleno exercício destes direitos - mesmo os direitos subjetivos - conferindo-lhes, plenitude eficaz e efetividade (274-280).

Hermeneutics: the effectiveness of fundamental rights abstract

Abstract

This work is being developed to bring together legal concepts about Hermeneutics, taking as a basis its philosophical foundations, which made light of the scholars is shown that Hermeneutics is not synonymous with interpretation. The study deals concomitantly, the effectiveness of fundamental rights, involving which contains Article 5, § 1, of the Constitution of 1988, approaching the various positions of jurists, scholars and especially the interpretation of the Highest Court of Justice of the country, considering that the literal text is solar light, which reads as follows: 'the rules defining the rights and guarantees are immediately applicable'. There is to analyze and establish the constitutional provisions which are preserved over the text.

Keywords: Hermeneutics. Defense rights. Rights provision. Effectiveness of fundamental rights.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF:Senado Federal, 1988.

BRITTO, C. A. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.