

## A EFICÁCIA JURÍDICA E SOCIAL (EFETIVIDADE) DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Gisele Mazzoni Welsch<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

As normas de direitos fundamentais<sup>2</sup> são os dispositivos máximos de proteção a direitos essenciais dos cidadãos e, *ipso facto*, possuem salutar importância dentro de nosso ordenamento jurídico. Além disso, há que se considerar a trajetória percorrida por esses direitos, até alcançarem a consagração no direito constitucional e internacional. Contudo, ainda hoje persiste o problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais. Apesar de reiteradamente debatido em obras de fôlego - como “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, do professor Ingo Wolfgang Sarlet, da clássica “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, de José Afonso da Silva e do “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”, de Luís Roberto Barroso – perdura essa questão, ainda não suficientemente bem resolvida, da efetividade das regras da Carta Magna. Neste presente estudo, se tratará de diferenças conceituais de Eficácia Jurídica, Aplicabilidade e Eficácia Social (Efetividade) na seara das normas de direitos fundamentais, além da classificação das mesmas quanto à eficácia e aplicabilidade, passando pela análise do alcance do artigo 5º, § 1º da Constituição. Considerando-se o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, é importante que se trate da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, questão que também será esposada neste trabalho, abordando a teoria da eficácia mediata ou indireta bem como a teoria da eficácia imediata ou direta das normas de direitos fundamentais, procurando

---

<sup>1</sup> Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito (Teoria Geral da Jurisdição e Processo) pela PUCRS; Especialista em Direito Público pela PUCRS; Professora dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade FEEVALE; Professora Convidada do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUCRS.

<sup>2</sup> Direitos fundamentais serão entendidos como aqueles insculpidos no Título II da Constituição Federal de 1988, isto é, os direitos e garantias fundamentais. Em decorrência do § 2º do art. 5º da Carta Magna, podem-se também entender como parte desse rol – no que se refere ao capítulo I, isto é, aos direitos e deveres individuais e coletivos – os princípios e regimes adotados pela Carta, bem como os tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

fornecer uma resposta coerente ao problema no sentido de se ressaltar a necessidade de ponderação nos casos concretos dos valores que são postos em juízo. Por fim, será exposto o instrumento do mandado de injunção, como solução constitucional para resolver a questão da falta de regulamentação de dispositivo constitucional referente a direitos.

## **1 EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL (EFETIVIDADE) DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Deve-se distinguir da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como aponta Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” do Direito pela comunidade ou, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera através do seu cumprimento<sup>3</sup>. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força realizadora no mundo dos fatos. Deliberadamente, ao estudar a capacidade de produzir efeitos, deixou-se de lado a cogitação de saber se estes efetivamente se produzem. A efetividade propugna não a eficácia jurídica como possibilidade da aplicação da norma, mas a eficácia social e os mecanismos para a sua real aplicação<sup>4</sup>.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela traduz a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes. Não se trata apenas da vigência da regra, mas também, e, sobretudo, da “capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação”<sup>5</sup>, isoladamente ou conjugada com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.

Assim, é necessário que se estabeleça a diferença conceitual entre Eficácia Jurídica, Eficácia Social (Efetividade) e Aplicabilidade das Normas de Direitos Fundamentais para que

---

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.

<sup>4</sup> A noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas** - limites e possibilidades da constituição brasileira. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.85)

<sup>5</sup> FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In **A Norma Jurídica** (coletânea), 1980.p. 29.

seja possível uma melhor compreensão sobre o assunto. Porém, não vigora na doutrina um consenso no que concerne a vigência, validade e existência da norma.

Segundo o professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>6</sup>, em certo aspecto constata-se um consenso, uma vez que não parecem existir dúvidas a respeito da distinção entre a vigência (existência e/ou validade) e a eficácia, seja qual for o sentido que a esta última se vá atribuir.

Nesse sentido, é preciso estabelecer a distinção entre o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. Enquanto a eficácia jurídica representa a qualidade da norma produzir, em maior ou menor grau, determinados efeitos jurídicos ou a aptidão para produzir efeitos, dizendo respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, a eficácia social da norma se confunde com a idéia de efetividade e designa a concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz. A eficácia social ou a efetividade está intimamente ligada à função social da norma e à realização do Direito.

Prestigia-se, como enriquecedora à linha de pensamento adotada, a lição de José Afonso da Silva<sup>7</sup> ao lecionar “A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar; quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do Direito”. Cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica”.

Complemente-se a opção de plano teórico da “Eficácia Constitucional”, com a compreensibilidade Bobbiniana<sup>8</sup>, que após dilucidar o problema da definição do Direito enquadrando-o na “Teoria do ordenamento jurídico”, e não na “Teoria da norma”, com lucidez expõe: “O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade”.

Essas distinções são relevantes, inclusive para perfeito entendimento da diferença entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade<sup>9</sup>. Se a norma não produz, no mundo dos fatos, o efeito que dela se esperava, ter-se-á que a norma é politicamente defeituosa, não que seja juridicamente “ineficaz”. Exemplificando: a legislação federal instituidora dos extintos

---

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 245.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 236.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8. ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 29.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 82-83.

cruzado e cruzeiro real, como do hoje circulante real, os quais não lograram até agora, criar a estabilidade econômico-monetária a que visavam; a isso se opôs, entre outros fatores, a inveterada convivência da população do país com unidades monetárias de valor ínfimo, a dificultar o próprio reconhecimento do poder de compra da moeda recém-criada. Vai longe daí supor-se que aludida legislação não tenha sido juridicamente eficaz: haja vista que, por exemplo, os contratos firmados em cruzados, cruzeiros, ou cruzeiros reais, estão, hoje, sendo normalmente executados em reais. Pode discutir-se se a norma respectiva teve efetivas conseqüências no quadro econômico-financeiro do país, ou que tenha atingido os propósitos a que visava; mas não se pode dizer que lhe tenha faltado eficácia jurídica e, muito menos, existência ou validade.

Por outro lado, como bem destaca o professor Ingo Wolfgang Sarlet<sup>10</sup> não há como dissociar a noção de eficácia jurídica da aplicabilidade das normas jurídicas, pois a eficácia jurídica representa justamente a possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Na verdade, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, como bem definiu José Afonso da Silva, já que a eficácia jurídica seria uma potencialidade e a aplicabilidade representaria a praticidade, a aptidão de uma norma jurídica eficaz ser aplicada às situações as quais se destina.

Portanto, conclui-se que as noções de aplicabilidade e eficácia jurídica podem ser consideradas em dois aspectos, na medida em que uma norma somente será eficaz juridicamente por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade. Há que se considerar a posição doutrinária de Eros Roberto Grau, o qual propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, partindo da idéia de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação.<sup>11</sup> O autor difere dos posicionamentos doutrinários tradicionais ao defender o ponto de vista de que a eficácia social (ou efetividade) não se situa no plano da aplicação da norma, mas que se manifesta após o momento da aplicação, já que nada garante que as decisões tomadas pelo Judiciário sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas.<sup>12</sup>

Alguns consensos são estabelecidos a partir da análise ora travada: 1- Todas as normas jurídicas têm eficácia jurídica; 2- A Eficácia Jurídica é sempre variável; 3- Todas as normas

---

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 246.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 314 e ss.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 317.

jurídicas também são, em alguma medida, diretamente aplicáveis. Assim, considerando o objetivo desse trabalho, a eficácia jurídica deve, então, ser definida como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos na proporção de sua aplicabilidade, enquanto a eficácia social (ou efetividade) pode ser concebida como a soma da decisão pela efetiva aplicação da norma e do resultado concreto dela decorrente.

## **2 CLASSIFICAÇÃO DA EFICÁCIA JURÍDICA E APLICABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Alexandre de Moraes apresenta a tradicional divisão de José Afonso da Silva em relação à sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que produzissem ou tivessem a possibilidade de produzir seus efeitos, desde a entrada da Constituição em vigor.

Para Ricardo Cunha Chimentí, as normas constitucionais de eficácia plena são auto-aplicáveis, completas ou auto-executáveis, bastantes em si ou normas de aplicação.

São as normas constitucionais que prescindem de qualquer outra disciplina legislativa para serem aplicáveis. Um exemplo seria a inviolabilidade do domicílio do artigo 5º, inciso XI da Constituição da República.<sup>13</sup>

As normas constitucionais de eficácia contida seriam aquelas que o constituinte regulou os interesses relativos a determinado assunto, mas possibilitou que a competência discricionária do poder público restringisse o assunto. O autor paulista cita como exemplo o caso do inciso XIII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que estabelece a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que sejam respeitadas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Para Chimentí, a norma constitucional de eficácia contida, redutível, ou de integração restringível é aquela que prevê que legislação inferior poderá compor o seu significado. A norma infraconstitucional (subalterna) pode restringir o alcance da norma constitucional por meio de autorização da própria Constituição. O exemplo do autor é o §1º do artigo 9º da Constituição que autoriza a lei infraconstitucional a definir os serviços essenciais e, quanto a eles, restringir o direito de greve.

---

<sup>13</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 28-31.

A eficácia da norma constitucional também poderia ser restringida ou suspensa em decorrência da incidência de outras normas constitucionais. O exemplo é referente à liberdade de reunião que, mesmo sendo consagrada no artigo 5º da Constituição, pode ser suspensa ou restrita em períodos de estado de defesa ou de sítio.<sup>14</sup>

Finalmente, normas constitucionais de eficácia limitada são as que possuem e apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, em virtude de apenas incidirem totalmente sobre esses interesses depois de desenvolvida normatividade posterior que desenvolva a sua aplicabilidade. O exemplo para o caso é o da norma do Artigo 37, inciso VII, da Constituição de 1988. Eis o seu texto: artigo 37, inciso VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. Aqui está o condicionamento do direito de greve, no serviço público, ao que regulamentar a lei.

Ricardo Cunha Chimenti trata das normas constitucionais de eficácia limitada lembrando que muitas vezes, a própria constituição utiliza as expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “a lei regulará”, etc, para demonstrar que algumas de suas normas não possuem aplicabilidade imediata. São também chamadas de normas constitucionais de eficácia limitada, incompletas, não bastantes em si, de eficácia relativa, ou de integração complementável. São normas constitucionais não auto-aplicáveis que dependem da interposição de lei para gerar seus efeitos principais. São também denominadas normas de eficácia mediata ou indireta. Inobstante suas limitações, as normas de eficácia limitada vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisam as normas precedentes com elas incompatíveis. Trata-se aqui dos efeitos impeditivos de deliberação em sentido contrário ao da norma constitucional e do efeito paralisante.

Com efeito, Ingo Wolfgang Sarlet classifica as Normas de Direitos Fundamentais, quanto à sua eficácia jurídica e aplicabilidade, em Normas de Eficácia Plena, Contida e Limitada. As normas de eficácia plena seriam aquelas diretamente aplicáveis e que desde logo estão aptas para gerar a plenitude de seus efeitos, por possuírem alta densidade normativa. As normas de eficácia limitada possuem aplicação mediata ou indireta e dependem de regulamentação para gerar os principais efeitos, por possuírem baixa densidade normativa. As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas diretamente aplicáveis, de eficácia plena, mas sujeitas à restrição dos efeitos por lei. A virtude dessa classificação está no fato de partir da idéia de que todas as normas têm eficácia jurídica.

---

<sup>14</sup> Idem. p. 28-29.

Em todas as classificações realizadas pela doutrina, se percebem dois grupos de normas: aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por possuírem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*.

De acordo com José Afonso da Silva, ao lado das normas de eficácia plena, situam-se as normas de eficácia contida, que, a exemplo das primeiras, se encontram aptas a produzir, desde logo, a plenitude de seus efeitos, encontrando-se, porém, sujeitas a posterior restrição pelo legislador. A possibilidade de restrição dos efeitos não se constitui em privilégio exclusivo das normas de eficácia contida.

Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais em relação à sua intangibilidade e à produção de efeitos concretos.<sup>15</sup>

São normas constitucionais de eficácia absoluta as intangíveis, ou seja, são aquelas que nem mesmo podem ser emendadas. São também conhecidas como *cláusulas pétreas*.

É importante registrar a crítica de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da afirmação de Maria Helena Diniz<sup>16</sup> de que o que efetivamente distingue as normas de eficácia absoluta e as de eficácia relativa e restringível das normas de eficácia plena é, portanto, a circunstância de serem as normas de eficácia absoluta insuscetíveis de restrição até mesmo por meio de emenda à Constituição, ao passo que as normas de eficácia relativa e restringível se encontram sujeitas à possibilidade de restrição pelo legislador ordinário. Ingo explica que mesmo as normas de eficácia plena não são imunes a restrições, o mesmo ocorrendo com as normas tidas como eficácia “absoluta” por Maria Helena Diniz, já que, em princípio, inexistem direitos absolutos, no sentido de absolutamente insuscetíveis de restrição, aplicando-se a teoria dos limites imanentes nesta seara.

Destarte, percebe-se a existência de normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para gerar seus efeitos principais,

---

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 98-103.

<sup>16</sup> Idem, p. 98 e ss.

ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam certo grau de eficácia jurídica.<sup>17</sup>

Não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade.

Raul Machado Horta explica que a separação entre normas constitucionais auto-aplicáveis e normas não auto-aplicáveis, levando-se em consideração a eficácia da norma constitucional, é a origem da concepção atual das normas constitucionais programáticas. Uma análise da Constituição em conjunto permite o vislumbre de normas de realização imediata, ou seja, as normas de organização, as de competência, as declaratórias de direitos e deveres e as normas de princípio, ou seja, as normas diretivas ou programáticas que, apesar de serem obrigatórias, exigem atividade legislativa posterior que esgote o comando normativo. É que as Constituições modernas a partir do Século XX ampliaram concomitantemente o conteúdo das suas matérias e a presença das normas programáticas em seus textos.<sup>18</sup>

O autor também estuda Vezio Crisafulli e conclui que o autor italiano contribuiu fundamentalmente para o estudo das disposições de princípio na Constituição e afirmou que não se pode fazer distinção baseada na existência de normas de eficácia programática ou diretiva e normas de eficácia obrigatória, em razão de todas as normas constitucionais serem obrigatórias em Constituições rígidas. É que a separação entre normas constitucionais meramente diretivas esfacelaria a Constituição, retirando dela uma parte fundamental.<sup>19</sup>

Citando José Afonso da Silva, para quem existem três categorias de normas constitucionais, ou seja, as de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada ou reduzida e, sob o ângulo da sua aplicabilidade, reconhece também as normas de eficácia plena e a aplicabilidade imediata da maioria das normas constitucionais.<sup>20</sup>

A aplicabilidade imediata da norma programática, no entanto, segundo Raul Machado Horta, é questão distinta da exequibilidade por si mesma da norma constitucional.

Finaliza sua exposição o autor de Minas Gerais ao citar Jorge Miranda que teria incluído as normas programáticas entre as normas não exequíveis por si mesmas, embora

---

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 262-264.

<sup>18</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.p. 193.

<sup>19</sup> CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 *apud* HORTA, Raul Machado. *Op.cit.* p. 194.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 72-77 *apud* HORTA, Raul Machado. *Op.cit.* p. 194.



preceptivas. É que as normas não exequíveis por si mesmas postulam somente a intervenção do legislador e as programáticas exigem leis, decisões políticas, providências administrativas e opções materiais.

Lembra que o autor lusitano, para quem as normas constitucionais podem ser distinguidas, considerando a decisão política que a norma programática exige, em normas exequíveis por si mesmas – que nasceriam completas do comando constitucional, não exequíveis preceptivas – que exigem norma legislativa – e as normas não exequíveis programáticas – que requerem uma terceira instância, ou seja, a instância política, administrativa e material, capaz de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais implícitas na Constituição.<sup>21</sup>

Ricardo Cunha Chimenti trata das normas de eficácia limitada podendo ser de princípio institutivo ou programáticas. A norma constitucional de princípio instituidor ou institutivo, orgânico ou organizativo, é aquela norma que traz início de estruturação de uma entidade, como aquela que prevê como será criado o território (art.18, §2º da CF).

A norma de princípio institutivo pode ser impositiva, à medida que determina que o legislador crie lei integradora, ou facultativa, quando apenas permite a edição de uma lei. Já a norma de princípio programático é aquela que determina um programa a ser seguido pelo Estado, por meio da regulamentação, pelo legislador comum, do direito em si previsto. A norma de princípio programático enuncia princípio indicativo da finalidade do Estado, devendo ser observada como regra matriz para a elaboração, interpretação e integração do sistema normativo nacional.

As normas programáticas são normas de aplicação futura e se limitam a enunciar comandos-valores, as principais linhas que devem ser seguidas pelo Estado, mas que desde a sua entrada em vigência, devem ser observadas.<sup>22</sup>

A juridicidade da norma programática confirma o entendimento pelo qual ela possui, desde a sua entrada em vigência, o poder para invalidar as normas anteriores incompatíveis com as novas determinações constitucionais.<sup>23</sup>

Alexandre de Moraes transcreve a lição de Jorge Miranda a respeito das normas programáticas. Em suma, o que consta do texto é que as normas programáticas são de

---

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1981, v. 1, t. 2, pp. 537-538 *apud* HORTA, Raul Machado. *Op.cit.* p. 195.

<sup>22</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Op.cit.* p. 29-30.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 31.

aplicação ou execução postergada. O que elas explicitam são mais valores do que regras. As normas programáticas são normas escritas para o legislador ter um norte, uma direção a seguir. Não podem ser invocados pelos cidadãos e possuem, muitas vezes, conceitos indeterminados.

Luís Roberto Barroso também distinguiu três tipos de normas, quais sejam, as normas de organização (que, por sua vez, englobam as normas que veiculam decisões políticas fundamentais, as normas definidoras de competências, as normas que criam órgãos públicos e normas que estabelecem processos e procedimentos), as normas definidoras de direitos (de modo especial os direitos fundamentais) e as normas programáticas.<sup>24</sup> Contudo, apesar de Luís Roberto Barroso ter percebido as distinções entre as diversas normas integrantes da categoria das normas constitucionais definidoras de direitos, constata-se que o fez não com base no critério da técnica de positivação, mas, sim, com apoio no critério da posição jurídica na qual se encontram investidos os particulares, alinhando-se, nesse desiderato, a Celso Antônio Bandeira de Mello.

Assim, no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, não se deveria, em hipótese alguma, desconsiderar a íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da respectiva norma definidora de direito fundamental, do que, em última análise, também depende a posição jurídica outorgada aos particulares.<sup>25</sup>

Ainda nesse sentido, deve-se ressaltar que os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos à prestações em sentido estrito, representados pelos direitos social de natureza prestacional).

Os direitos de defesa, dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia acerca de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade. Já os direitos a prestações exigem um comportamento ativo dos destinatários, gerando dificuldades diversas, levando boa parte dos autores a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia. Assim, ao tratar o problema da eficácia dos direitos fundamentais, não há como desconsiderar suas funções

---

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 91 e ss.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 269.

precípua (direito de defesa ou prestacional), nem suas formas de positivação no texto constitucional, já que ambos os aspectos constituem fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

### **3 SENTIDO E ALCANCE DO ART. 5º, § 1º DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O art. 5º, § 1º da Constituição de 1988 dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ocorre que a doutrina pátria não é unânime quanto ao significado e alcance do preceito em exame. É preciso, portanto, analisar a abrangência da norma, isto é, se ela é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da Constituição.

Anote-se, pois, primeiramente, que a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, expressa no parágrafo 1º do art. 5º, da Constituição da República do Brasil, significa que a sua exigibilidade não pode diferir por alegações de condicionamentos a situações adotáveis apenas mediatemente.

Todavia, a produção dos efeitos próprios e plenos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais pode apresentar dificuldades em razão da dependência de esclarecimento ou integração da mesma por norma infraconstitucional assim avocada pelo próprio constituinte (são múltiplos os exemplos havidos nesse modelo no texto constitucional, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais – cf. nesse sentido o art. 7º, da Constituição).

Ao se afirmar que a norma relativa a um direito fundamental possui aplicabilidade imediata, deseja-se evidenciar sua força normativa. Tomamos como exemplo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Como a essa norma não se pode atribuir função retórica, não há como supor que o referido direito somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente.

De modo que a norma do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, já seria suficiente<sup>26</sup> para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, através da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência de lei.

De qualquer forma, ainda que os princípios da força normativa da Constituição e da efetividade possam parecer uma superafetação diante da norma que afirma que o direito à tutela jurisdicional efetiva tem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF), parece importante mencioná-los, especialmente porque o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, embora se dirija contra o Estado, inclusive contra o juiz, repercute sobre a esfera jurídica da parte.

Ou seja, embora a aplicabilidade imediata desse direito seja inegável, a tarefa interpretativa do juiz, por repercutir na esfera jurídica de alguém que não faz parte da relação vertical estabelecida em virtude do direito, não pode deixar de considerar os princípios que com ele possam colidir no caso concreto.

Como diz Hesse, "a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação".<sup>27</sup> Ou seja, o princípio da força normativa da Constituição<sup>28</sup> dá base às interpretações que conferem aos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas, uma eficácia ótima<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Referindo-se ao art. 5º, §1º da CF e a normas semelhantes, previstas na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, escreve Sergio Fernando Moro: "Logo, tais dispositivos seriam a princípio desnecessários. Talvez os constituintes os tenham formulado com propósito unicamente didático, preocupados com as posições, hoje ultrapassadas, de que as normas constitucionais dirigiam-se exclusivamente ao legislador, o que os teria levado a declarar no próprio texto constitucional o equívoco de tais posicionamentos. Independentemente do que quiseram os constituintes, o fato é que consta na Carta Constitucional brasileira dispositivo que diz expressamente que as normas de direito fundamental têm aplicação imediata" (MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 67).

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 23

<sup>28</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 96.

<sup>29</sup> "Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1993. p. 229)

O princípio da efetividade<sup>30</sup> (relativo à interpretação constitucional), por sua vez, sintetiza a idéia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Ou melhor, no caso de dúvida deve prevalecer a tese que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental.

Por outro lado, como consequência dessa mesma orientação, a interpretação que vale no caso de lei restritiva de direito fundamental é a que minimiza essa restrição. Assim, se de um lado há que se pensar em interpretação que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental, de outro há que se cogitar de interpretação que minimize a restrição ao direito fundamental.

Assim, faz-se necessário estabelecer o questionamento de qual seria o sentido que se deveria dar ao art. 5º, § 1º da Constituição considerando que, em princípio, todas as normas têm uma pretensão de efetividade e aplicação imediata.

Levando-se em conta toda essas questões, chega-se a conclusão de que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º da Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Ainda como leciona o professor Ingo Wolfgang Sarlet, se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Referindo-se a esse princípio, mas a ele atribuindo o nome de princípio da máxima efetividade, escreve Canotilho: "Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (*no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais*)" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 227).

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 283.

Assim, entende-se que a aplicabilidade imediata (na medida exatamente da eficácia jurídica peculiar a cada norma) é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional – mesmo de eficácia limitada-, independentemente da expressa previsão do art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna.

Ainda assim persiste o problema da identificação da norma, ou seja, se se trata de norma de eficácia plena ou limitada, situação que acaba sendo definida pelo intérprete.

Nessa esteira, cabem algumas observações com relação ao instituto do mandado de injunção, já que se trata de mecanismo presumidamente criado para fazer frente à questão da falta de regulamentação de dispositivo constitucional atinente a direitos, tema esse que será tratado no item 5 do presente trabalho, após a abordagem da importante questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

#### **4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas pode ser encarada como parte do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.

Apesar do movimento da Constitucionalização do Direito Privado corresponder a um fenômeno que não se limita às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, é dessa seara que importa tratar no presente trabalho.

A questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais tem total relevância quando se analisa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

A essa idéia de que os direitos fundamentais obrigam não somente o Estado, mas também os particulares, no sentido de que devem respeitar os direitos fundamentais em suas relações privadas, a doutrina denomina de “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

A expressão “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais ou a expressão eficácia perante terceiros são criticadas por parte da doutrina que entende ser mais coerente a

nomenclatura “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, por definir de forma mais adequada a abrangência do tema.<sup>32</sup>

É importante que se estabeleça a distinção entre a eficácia vertical e a horizontal dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. Enquanto a “eficácia vertical” dos direitos fundamentais determina a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais, a denominada “eficácia horizontal” (termo que deve ser empregado com reservas, como já visto) consiste na vinculação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, mais propriamente da vinculação desses (pessoas físicas ou jurídicas) aos direitos fundamentais.<sup>33</sup>

Quando se trata da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tende-se a suscitar a eficácia indireta, entretanto percebe-se que em qualquer hipótese a eficácia seria indireta, uma vez que sempre será necessário pronunciamento do juiz para decidir o direito dos particulares.

Entretanto, a partir de uma análise mais criteriosa a respeito do assunto, percebe-se que o fato do juiz mediar a aplicação dos direitos fundamentais não exclui a idéia da eficácia direta. Para tal conclusão, é necessário que se demonstre, primeiramente, no que consiste a noção de eficácia mediata ou indireta e a de eficácia imediata ou direta.

Nos Estados Unidos da América o debate acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas recebeu a denominação de “state action”.

Em Portugal, a Constituição de 1976, determina que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos têm eficácia às entidades públicas e privadas.<sup>34</sup>

A teoria da eficácia mediata ou indireta, encabeçada por Dürig, preconiza que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações entre particulares apenas mediatamente, ou seja, apenas através dos institutos do direito privado, como os conceitos jurídicos

---

<sup>32</sup> É nesse sentido o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, que argumenta: “*Essas, em suma, algumas das razões pelas quais optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”, por traduzir, de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.*” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.pp. 51/52).

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.pp. 46/47.

<sup>34</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 273.

indeterminados e as cláusulas gerais e têm, segundo a teoria Alemã, efeitos de irradiação por todo o ordenamento jurídico. Neste sentido se posiciona Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a tese da eficácia mediata, que, partindo de algumas premissas comuns, notadamente ao advogar que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico, no entanto contesta veementemente os defensores da eficácia imediata. Para Dürig, em objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e da jurisprudência constitucionais, o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do direito privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada.

Assim, de acordo com a proposta de Dürig, a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui – segundo os adeptos dessa concepção – tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípuo das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas.<sup>35</sup>

Dessa forma, de acordo com a idéia de Dürig, a denominada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais poderia ser concretizada de forma indireta, no caso de lacunas de normas jurídico-privadas, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado.

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais são fruto do novo modelo e codificação, bem como do processo de constitucionalização do direito privado. Os primeiros são “conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos”; as segundas, “normas cujo enunciado é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas”.<sup>36</sup>

No sistema jurídico aberto, os princípios assumem uma posição hierarquicamente superior, no sentido de prioridade de aplicação, em relação às normas de conteúdo específico, visto que são justamente aqueles que proporcionam a interligação entre a ordem social e a ordem jurídica, viabilizando uma constante renovação desta última.

A dinâmica da vida social exige do direito uma maior flexibilidade do sistema, sob pena do mesmo não conseguir atender às necessidades sociais de forma justa e coerente. É nessa medida que a interpretação integrativa se apresenta como elemento salutar para

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.pp. 59/60.

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.



promover a adequação do sistema com as circunstâncias peculiares e específicas dos casos concretos.

Ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada. A ele compete, fundamentalmente, cuidar das múltiplas modificações às quais obriga a influência os direitos fundamentais sobre o direito privado, preservando o princípio da autonomia privada.<sup>37</sup>

A teoria da eficácia mediata nas relações entre particulares é, em primeiro plano, uma tarefa de legislação: “ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico-privada.”<sup>38</sup>

Contudo, não há como atribuir a obrigação de intervenção do legislador como instrumento justificador para a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais. Ao contrário, é exatamente porque as normas constitucionais possuem, na medida de sua eficácia, aplicabilidade imediata que se possibilita o controle de constitucionalidade, especialmente no âmbito brasileiro.

Para Steinmetz<sup>39</sup>, a projeção das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser protagonizada, em primeiro plano, pelo legislador. Contudo, isso não significa a exclusão da possibilidade de mediação judicial. O juiz singular e os tribunais ordinários operam a eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares de duas formas: interpretando e aplicando os textos de direito privado, preenchendo as cláusulas gerais, e também os conceitos jurídicos indeterminados ou abertos.

De acordo com a Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta, onde o legislador não previu a possibilidade de dar eficácia às normas constitucionais não regulamentadas por lei ordinária e geral ou por tratados ou regras, não haveria vinculação aos direitos fundamentais. Tal posicionamento acaba por limitar a força normativa da Constituição, bem como o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Em que pese em muitos países, como no Brasil, se tenham mecanismos constitucionais para obrigar o legislador a emitir o texto legal aplicável, estes, pelo menos no caso pátrio, são insuficientes para fazer frente à efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>37</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004 pp.143/144.

<sup>38</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 143

<sup>39</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004 p.145

Para que se conheça a origem histórica dos direitos de proteção, é importante que se conheça o Caso Lüth, bem explicado por Ingo Wolfgang Sarlet:

Em 1950, Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (Amada Imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan, que havia produzido filme de cunho notoriamente anti-semita, durante a ditadura nazista. Harlan obteve decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstivesse de boicotar o filme, com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante a Corte Constitucional, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth – protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, argumentando que os tribunais civis podem lesar o direito fundamental de livre manifestação de opinião, aplicando regras de direito privado. Entendeu a Corte que o Tribunal Estadual desconsiderou o significado do direito fundamental de Lüth (liberdade de expressão e informação) também no âmbito das relações jurídico-privadas, quando ele se contrapõe a interesses de outros particulares.<sup>40</sup>

A teoria dos deveres de proteção garante a eficácia imediata dos direitos fundamentais, sendo mero mecanismo do Direito Alemão para adaptar seu ordenamento jurídico a tal teoria, pois na prática, o resultado da teoria dos direitos de proteção e a teoria dos efeitos imediatos dos direitos fundamentais têm o mesmo resultado, embora tenham bases jurídicas e teóricas distintas.

A Teoria Alemã, dos direitos de proteção iguala em termos de resultado, a teoria imediata ou direta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, remetendo, igualmente, ao judiciário, todo o direito fundamental não regulamentado pelo legislador, ou quando regulamentado com excesso ou insuficiência.

A noção de eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi introduzida por Hans Carl Nipperde, que, segundo Vieira de Andrade<sup>41</sup> afirmava que não somente o Estado, mas também a sociedade e seus grupos sociais detêm um poder real que se impõe aos indivíduos, e que é capaz de afetar intensamente zonas e aspectos relevantes da vida e de sua personalidade.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a concepção de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais encontra respaldo no argumento segundo o qual, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas expressando valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, como decorrência do princípio da unidade da ordem jurídica, bem como em virtude do postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que o Direito Privado viesse a formar uma espécie de gueto à margem da Constituição, não havendo

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.p. 61.

<sup>41</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos. Liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang .(org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 273-299. p. 278

como admitir uma vinculação exclusivamente do poder público aos direitos fundamentais.<sup>42</sup>

É importante destacar, em contraponto com o que é defendido por parte da doutrina que Nipperdey sustenta, que as relações entre particulares não exigem desigualdade entre as partes, valendo também nas relações entre iguais.

Segundo a teoria imediata ou direta, os direitos fundamentais podem e devem ser aplicados diretamente às relações estabelecidas entre os particulares sob pena de ferir a própria ordem jurídica constitucional na qual é fundado, na maioria dos países, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>43</sup>.

Segundo os adeptos à teoria da vinculação imediata ou direta dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva destes direitos justifica tanto a vinculação direta quanto a indireta. Os autores que criticam a teoria da força imediata ou direta dos direitos fundamentais, argumentam que falta previsão constitucional de vinculação dos particulares a tais direitos ou não explicam como promover esta vinculação.

A crítica baseia-se no fato de não haver previsão de forma de aplicação concluindo que o que é omissis não é aplicável, em raciocínio que inverte a ordem de lógica jurídica, pois aquilo que não está previsto, pode ser aplicado, sendo que somente as proibições inibem a aplicação.

De qualquer maneira, para aqueles que criticam a aplicação direta por ser muito aberta, atribuindo ao Poder Judiciário, na ausência de texto legal regulamentador, a efetiva aplicação dos direitos, deve-se ressaltar que, também na teoria da aplicação indireta, tal fenômeno acontece, razão pela qual razão não lhes assiste.

É com o princípio da ponderação, da análise do caso concreto, que se resolverão as mazelas levadas ao judiciário em ambas as teorias, razão pela qual, necessário se estabelecer os limites de atuação para tal intervenção, dando segurança jurídica às relações sociais referentes aos direitos fundamentais.

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.p. 58.

<sup>43</sup> Segundo Sarlet, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59-60.)

Conforme ficou bem demonstrado e elucidado, também a teoria da aplicação imediata ou direta, não exclui do Poder Judiciário a análise do caso concreto.

Nesse desiderato, assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

A inviabilidade de uma eficácia direta “absoluta” e a necessidade de se adotarem soluções diferenciadas decorrem, em verdade, também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta –, na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e com o(s) direito(s) fundamental(is) em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação.<sup>44</sup>

De todo o exposto, pode-se dizer que o mais coerente seria a aplicação da eficácia direta *prima facie* às relações privadas pelo fato das mesmas envolverem direitos fundamentais.

Por outro lado, é no Poder Judiciário que se resolverão os casos que se encontrarem no limbo de definição de cada direito, ou que contiverem colisão entre eles, afetando, ou não afetando seus núcleos.

Além disso, é temerário admitir-se que uma das teorias, a mediata ou a imediata, são excludentes uma da outra, porque ambas necessitam em menor ou maior grau da intervenção do Poder Judiciário para resolver os conflitos emergentes, sendo que, ao fim e ao cabo, acabam por encontrar soluções similares, porém com fundamentos diversos.

Acerca do tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é importante destacar o julgamento do recurso extraordinário 201.819/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal pela Segunda Turma, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes e publicado no Diário da Justiça de 27/10/2006.

Tal julgamento firmou precedente ao admitir a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, uma vez que foi afastada a posição que repele a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O voto do Ministro Celso de Mello, para quem coube o desempate, explicou que “a autonomia privada, que, inclusive, encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias constitucionais, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição,

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.p. 91.

cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas”. Conclui o Ministro reconhecendo ao associado a “prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, mesmo neste caso que, como visto, é uma típica relação de ordem jurídico-privada.

Assim, a Turma, por votação majoritária reconheceu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, conhecendo e negando provimento ao recurso extraordinário interposto pela associação contra o sócio excluído.

## **5 MANDADO DE INJUNÇÃO**

Enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que diz respeito à “omissão de medida para tornar efetiva qualquer norma constitucional (CF, art. 103, 2º)”, tem por objetivo principal a defesa da ordem constitucional, o mandado de injunção, que diz respeito à “falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, artigo 5º, LXXI)”, é instrumento de defesa de um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional. Por isto mesmo, tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a legitimidade ativa é restrita, reservada a determinadas pessoas físicas ou jurídicas em decorrência de seu papel institucional; tratando-se de mandado de injunção, é ampla, autorizada a qualquer pessoa física ou jurídica que tenha um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional a defender.

Natural que decorra da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atendida sua natureza, basicamente efeito declaratório e efeito mandamental. O mesmo não poderia se dar com relação ao mandado de injunção, devendo decorrer, respeitada sua distinta natureza, além do efeito declaratório e do efeito mandamental, o atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora, nem que seja legislando supletiva e provisoriamente para o caso concreto. Sob pena de transformar-se o mandado de injunção numa ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, cuja uma das diferenças principais seria apenas o alargamento da legitimidade ativa, interpretação essa que agride a sistemática constitucional que exatamente prevê mecanismos distintos para situações e soluções diversas.

Os Tribunais, em geral, têm sido avessos, em sede de mandado de injunção, ao atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora. Algumas decisões do STF, ainda em 1991 e 1992, avançavam numa perspectiva inovadora; entretanto, em 1994, a exegese feita ao artigo 37, VII, da Constituição de 1988 representou uma nítida inflexão neste sentido. Mais recentemente, o STF, ao concluir o julgamento do Mandado de Injunção 543-DF<sup>45</sup>, parece ter retomado a perspectiva inovadora.

A Constituição é lei e lei é feita para se aplicar, para se respeitar, para se cumprir, imponha ela uma abstenção ou um comportamento comissivo do Estado ou mesmo de outra pessoa. Constituição não sugere, determina, e o que ela ordena é para se cumprir, mais ainda no que se refere a condutas das quais dependam a viabilidade do exercício de direitos fundamentais por ela declarados e assegurados.

Como a sua aplicação é imediata, inexistente lei infraconstitucional pela qual aguarde o titular do direito garantido constitucionalmente sem que ela seja elaborada e trace os termos integradores do direito assegurado, impõe-se o uso do instrumento constitucional criado exatamente para que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não fiquem baldos de certeza e viabilidade. Assim, a solução para que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas arroladas acima tenham eficácia plena é oferecida pela própria Constituição. Não se quer, por certo, que o juiz competente para conhecer e julgar o mandado de injunção substitua o legislador. O que se quer, à evidência, é que o cidadão não tenha frustrado o seu direito por ardil institucional havido na inércia de órgãos públicos competentes para agir e que, não o fazendo, falseiem e agridem a Constituição. O legislador não terá, por força de mandado de injunção impetrado e concedido, minguada ou comprometida a sua competência, que se mantém íntegra e de exercício obrigatório. Mas nem por isso se elimina o direito constitucionalmente assegurado a seu titular, enquanto o dever que nela se contém não é atendido a contento para a produção dos efeitos próprios e plenos da norma constitucional.

Nem se poderia pensar de outra forma, especialmente se o objetivo do Direito é resolver as questões que nascem na sociedade, mormente em razão de sua aplicação. Teorias não garantem por si só os direitos. Teorias que induzem a não-aplicação da Constituição (ou de qualquer norma jurídica), mais atrapalham que ajudam o alcance dos fins que nele se hospedam. O constituinte brasileiro deu a solução justa e equilibrada para a questão da

---

<sup>45</sup> Julgado em 26/10/2000. Vide **Informativo STF** nº 208.

eficácia jurídica dos direitos fundamentais. Aos poderes constituídos incumbe cumpri-la e, se for o caso, propor o seu aperfeiçoamento. Julgar a norma constitucional ou indispor de vontade política para fazê-lo é confrontar a própria Constituição, pelo que se deve singelamente responsabilizar quem o fizer.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o condão de abordar o assunto da eficácia jurídica e social das normas de direitos fundamentais, mas não com a pretensão de esgotá-lo ou tratá-lo em seus aspectos mais minuciosos, devido a sua complexidade. Como podemos perceber, apesar de inúmeras contribuições doutrinárias de relevo sobre o tema, ainda hoje persiste o problema. Essa questão traduz-se em uma dificuldade que necessita ser superada, uma vez que os direitos fundamentais representam os direitos e garantias mais essenciais dos cidadãos e que, portanto, merecem um tratamento adequado. Dentro dessa problemática que envolve os direitos fundamentais, o ponto central é concernente à eficácia jurídica e social (efetividade) de tais normas.

Na busca da construção de uma teoria dos direitos fundamentais mais sólida e imperativa, analisa-se a diferença conceitual entre eficácia jurídica (como aptidão para gerar determinados efeitos jurídicos), eficácia social ou efetividade (referente à concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz) e aplicabilidade (como a aplicação prática da norma juridicamente eficaz).

Dentro dessa análise, se estabelece a classificação das normas de direitos fundamentais quanto à eficácia jurídica e à aplicabilidade em normas de eficácia plena, que são diretamente aplicáveis e desde logo estão aptas para gerar a plenitude de seus direitos; normas de eficácia limitada, que possuem aplicação mediata ou indireta e que dependem de regulamentação para gerar os principais efeitos; e as normas de eficácia contida, as quais são diretamente aplicáveis, possuindo eficácia plena, mas estão sujeitas à restrição dos efeitos por lei.

A partir daí se estabelece alguns consensos importantes, como de que todas as normas jurídicas têm eficácia jurídica e que a mesma é sempre variável. Mas importante é referir que a aplicabilidade imediata é qualidade inerente a toda e qualquer norma constitucional (mesmo de eficácia limitada), independentemente da expressa previsão do artigo 5º, § 1º, da nossa Carta Política.

Do ponto de vista principiológico da norma estatuída no artigo 5º, § 1º, da Constituição, pode-se dizer que ela impõe aos órgãos estatais e aos particulares a outorga da máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz.

Todavia, a produção dos efeitos próprios e plenos das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais pode apresentar dificuldades em razão da dependência de esclarecimento ou integração da mesma por norma infraconstitucional assim avocada pelo próprio constituinte. A solução parece vir, independentemente de qualquer indagação ou argumentação filosófica ou teórica, no próprio texto constitucional, no qual se incluiu uma nova garantia processual fundamental, qual seja, o mandado de injunção.

Note-se que sendo o Estado um dos maiores agressores aos direitos fundamentais, haveria uma antinomia em deixar que apenas ele definisse quando e como cumprir as normas constitucionais nas quais eles são declarados e segundo as quais têm de ser assegurados.

Vem, então, a pêlo cuidar-se de um dos pontos proeminentes da eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais: o papel que desempenha nesse tema o Poder Judiciário como "guarda da Constituição".

Ao Poder Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada de impedir afrontas e desfazer, com eficácia e eficiência imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaçam e agridem os direitos fundamentais.

Por isso compete a ele fazer-se pronto na dimensão dessa competência, sem o exercício dos quais os direitos fundamentais são atingidos irremediavelmente e as agressões lesam todo o sistema jurídico, colocando abaixo a própria jurisdição como um direito. No exercício dessa competência, ademais, compete ao Poder Judiciário fazer-se alerta para interpretar os direitos fundamentais considerando o texto e o contexto constitucional, a sede e a afluência dos direitos sobre os quais se questionam, estender-se tão amplamente quanto seja necessário e possível para que ele realize uma tarefa de Justiça social e não de injustiças menores. Ao Judiciário cabe a tarefa de oferecer respostas concretas e engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas. Não há de prender-se mais às elaborações filosóficas e retóricas que às situações determinadas e determinantes ocorridas num contexto social específico e apurável pelos juízes que vivem o seu tempo de Direito com o Direito do seu tempo.



Ainda, tratando-se da questão da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, e, portanto, considerando-se as teorias de eficácia mediata e imediata, conclui-se que as mesmas não são excludentes entre si, uma vez que ambas necessitam em menor ou maior grau da intervenção do Poder Judiciário para resolver os conflitos emergentes, sendo que, ao fim e ao cabo, acabam por encontrar soluções similares, porém com fundamentos diversos.

Por outro lado, é no Poder Judiciário que se resolverão os casos que se encontrarem no limbo de definição de cada direito, ou que contiverem colisão entre eles, afetando, ou não afetando seus núcleos. Por isso que é com o princípio da ponderação, da análise do caso concreto, que se resolverão as mazelas levadas ao judiciário em ambas as teorias, razão pela qual, necessário se estabelecer os limites de atuação para tal intervenção, dando segurança jurídica às relações sociais referentes aos direitos fundamentais. A alternativa mais coerente, frente à escolha de uma teoria ou outra, seria a aplicação da eficácia direta *prima facie* às relações privadas pelo fato das mesmas envolverem direitos fundamentais.

## OBRAS CONSULTADAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8.ed. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Editora Universidade de Brasília. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **As tendências atuais do direito público** (homenagem ao Prof. Afonso Arinos). Rio de Janeiro: Forense, 1976.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANARIS, Claus- Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. SARLET, Ingo Wolfgang (org) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang e PINTO, Paulo Mota (trad.).Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina. 1993.

\_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FACCHINI NETO, Eugênio. Revolução histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

- FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. In **A Norma Jurídica (coletânea)**, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Eficácia das normas constitucionais (relendo José Afonso da Silva), **Revista do IAP** 5/38-71, 1981.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, v. 1, t. 2, 1981.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. n.º. 0022, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1953.
- \_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REIS, Friede. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4.ed. n. 1054, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** In Revista Jurídica, ano 55, fev. 2007, n° 352.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado.** In Revista de Direito do Consumidor, ano 16, jan-mar. 2007, n° 61.

SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição** – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros. 2004.

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: **Interpretação constitucional.** Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p.19.