

A norma Constitucional e sua Eficácia*

Willis Santiago Guerra Filho

*O presente texto é oriundo da prova escrita no concurso para Professor Doutor da Universidade de São Paulo (USP), Escolas de Artes, Ciências e Humanidades (EACH), no Curso de Gestão de Políticas Públicas, na área Direito e Políticas Públicas, realizada em 06/06/06, perante Comissão de Seleção integrada pelos Profs. Drs. José Renato de Campos Araújo (EACH/USP), Manoel Cabral de Castro (EACH/USP), José Eduardo Campos de Oliveira Faria (FD/USP), Diogo Rosenthal Coutinho (FD/USP) e Luciana Gross Siqueira Cunha (FGV/SP). A nota máxima que foi dada à prova pelos membros da referida banca foi 6.5 (seis e meio) pontos, sendo que a nota mínima requerida para aprovação nesta fase preliminar era 7,0 (sete) pontos. Resultado bem inferior foi obtido, inexplicavelmente, por três outros candidatos com doutorado em direito que se submeteram ao exame, sendo que apenas um candidato, doutor em outra área, logrou aprovação, com nota pouco acima daquela mínima exigida, além, claro, do candidato que obteve nota próxima daquela máxima, que deve sua formação a um dos membros da Comissão de Seleção, como registra em dedicatória de uma de suas obras. O texto que aqui damos a público, com o intuito de, eventualmente, gerar alguma discussão do que aqui se apresenta e denuncia, em prol do engrandecimento ético e jurídico de nosso País, teve com base, para sua elaboração, consulta prévia, durante uma hora, antes da realização da prova, de diversas obras, em geral mencionadas ao longo do texto, sendo que merece destaque o Curso de Direito Constitucional da lavra de Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, 9a. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, e aquele de minha própria autoria, “Processo Constitucional e Direitos Fundamentais”, 4a. ed., São Paulo: RCS, 2005, oriundo da tese defendida em concurso para professor titular de Direito Processual Constitucional na centenária

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), no ano de 1998, aprovada com nota máxima por banca presidida pelo mais consagrado constitucionalista brasileiro, o Prof. Em. Dr. Dr. h.c. Paulo Bonavides.

I – Introdução

O tema proposto para a dissertação é desenvolvido dogmaticamente no âmbito do direito constitucional brasileiro de maneira que se poderia qualificar como uniforme desde antes do advento da Constituição da República de 1988. Eis que aí, paradoxalmente, pode-se vislumbrar um dos fatores responsáveis pela baixa eficácia, tanto jurídico-formal, quanto sócio-política desta Constituição e suas normas: como se pretende aqui demonstrar, nossa doutrina majoritária a respeito da eficácia da norma constitucional pode ser incluída dentre as causas da baixa efetividade dessas normas, como indica a distância ainda existente – e que, sob muitos aspectos, vem aumentando, ao invés de diminuir, com o passar do tempo – entre o generoso ideário constitucional e a calamitosa realidade social em nosso País. É assim que esta Constituição pode ser classificada, de acordo com a conhecida proposta de Loewenstein, como uma Constituição Semântica, o que se pode entender em conexão com as célebres lições oitocentistas de Ferdinand Lassalle, ainda atuais, sobre constituições que não passam de folhas de papel.

A exata compreensão do que aqui se vem de postular, quanto à inadequação do modo como a dogmática jurídica brasileira situa o problema, decisivo, da eficácia das normas constitucionais, pressupõe que nos situemos em face de avanços recentes em teoria do direito, em nível internacional – o nível próprio de desenvolvimento de qualquer teoria, que não se resuma a uma mera doutrina - quanto ao conhecimento daquele fenômeno nuclear, em Direito, que são as normas jurídicas. Já esses avanços – em que se destaca a distinção entre normas jurídicas estruturalmente diversas, como seriam aquelas, nesse contexto, denominadas “princípios”, em confronto com o que a teoria tradicional tem como sendo as normas jurídicas tout court, agora qualificadas como “regras” - são avanços decorrentes de mudanças fundamentais no modo de se entender o Estado e o Direito, na quadra histórica em que se passa a viver, em escala mundial, após a 2a. Grande Guerra, na segunda metade

do século XX. Tais mudanças introduziram o que se pode denominar, com Pablo Lucas Verdú, uma nova fórmula política, no cenário jurídico-constitucional, a saber, aquela que entre nós é formalmente adotada a partir de 1988, sob a denominação “Estado Democrático de Direito”.

Com a adoção da fórmula política do Estado Democrático de Direito ingressaríamos em etapa histórica do constitucionalismo em que uma série de inversões se mostraram necessárias, a fim de evitar as perversões sofridas pelo Estado de Direito, constitucional, em regimes políticos autoritários e, mesmo, totalitários, que se valeram dessa forma jurídico-política para atuar, esvaziando-a de conteúdos valorativos capazes de dar sustentação à convivência respeitosa entre aqueles que compõem a sociedade, indiscriminadamente. É assim que regimes ditatoriais, como aquele que tivemos no País entre as décadas de 1960 e 1980, se apresentavam como regimes comprometidos com uma ordem constitucional, do mesmo modo como o regime nazista na Alemanha manteve em vigor a constituição que foi um modelo em sua época, aquela de Weimar, de 1919, valendo-se dela própria ou, mais precisamente, de seu art. 48, para suspender, indefinidamente, e supostamente para defendê-la, diante de uma crise, os direitos e garantias fundamentais que ali amplamente se consagrava, mas por normas que então se qualificava como programáticas (Programmsätze): o resultado foi a prática dos atos genocidas de todos conhecidos, sem que contra eles se pudesse invocar a eficácia de normas constitucionais formalmente vigentes.

Dos escombros da II Guerra Mundial emerge, então, uma nova forma jurídica para um Estado de Direito que se precisava também renovar. O impulso maior para tal renovação seria dado por um compromisso prioritário em grau máximo com o respeito à dignidade humana, tão aviltada durante a Guerra. É o que será consagrado na Declaração Universal de Direitos Humanos da então recentemente criada Organização das Nações Unidas, assim como na chamada Lei Fundamental de Bonn, que hoje é a Constituição alemã, de 1949, ano seguinte à proclamação da referida Declaração, sendo que em ambas vem anunciado, já no primeiro artigo, aquele compromisso, de respeito à dignidade humana. Este “valor axial”, como o refere em um de seus escritos Fábio Comparato, passa a se ver entronizado no conteúdo essencial de direitos positivados como fundamentais, agora com dimensões mais amplas - e cada vez mais ampliadas ou ampliáveis – do que aquela de cunho marcadamente

individualista, próprias do Estado liberal. E aí se dá a primeira das inversões, a que antes referimos, no sentido de que o Estado passa a se organizar em função da defesa e realização dos direitos fundamentais, tidos agora não apenas como direitos subjetivos inerentes à cidadania, mas também como pautas objetivas, a determinarem que se consagrem normas, instituições e políticas públicas para concretizar tais direitos, efetivando-os e defendendo-os. A própria topografia constitucional revela a inversão que estamos aqui a referir, quando os direitos e garantias fundamentais passam a ser consagrados, tal como entre nós, a partir de outubro de 1988, de maneira ampla, e já no início da Constituição, ao invés de ocuparem aquela posição inferior, secundária, que até então era a sua, enunciados ao final das constituições, de maneira sintética, como a apenas determinar uma área residual de impedimento à interferência estatal na esfera jurídica de seus cidadãos.

Assim, seria justamente para “levar a sério” os direitos fundamentais, para empregar expressão do jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin, em título de obra emblemática da renovação teórica do Direito a que antes nos referimos, que justamente em obras como a deste A. se elabora a distinção entre normas do Direito que têm a estrutura de regras e aquelas, em que entendemos originariamente se consagra direitos fundamentais, com a estrutura de princípios. Desta distinção decorre uma série de conseqüências, inclusive para o tratamento do problema da eficácia das normas jurídicas, máxime aquelas de nível constitucional, tema da presente exposição.

II – A Classificação das Normas Constitucionais pelo critério de sua eficácia na doutrina brasileira.

O tema da norma constitucional e sua eficácia, tal como vem sendo tratado na dogmática constitucional brasileira, é marcado pela influência de obra que veio a lume em 1968, da lavra de José Afonso da Silva, intitulada “Aplicabilidade das normas constitucionais”, cuja terceira edição, por nós utilizada, é de 1998. Ali, valendo-se de trabalho seminal, então pouco divulgado, de Meireles Teixeira (referido, v.g., à p. 138 da ob. ult. cit.), professor que havia renunciado à sua cátedra de direito constitucional na PUC-SP, em razão da ruptura institucional de 1964, bem como abeberando-se em doutrina estrangeira, especialmente naquela do italiano Vezio Crisafulli, o hoje consagrado constitucionalista

brasileiro introduzirá, de maneira decidida, a idéia de que não há norma constitucional desprovida de eficácia. Com isso, promove-se a superação da doutrina, entre nós estabelecida sobretudo por influência de Ruy Barbosa, de origem anglo-saxã, que distinguia as normas constitucionais em “self-executing” e “not self-executing”, sendo estas últimas, por “não auto-executáveis”, desprovidas de eficácia. Ao mesmo tempo, a doutrina de que aqui se trata, à época renovadora, introduzia uma diferença nas “cargas de eficácia” das normas constitucionais, donde a classificação que irá propor. Antes de apresentá-la, vale lembrar que aqui se trata de eficácia jurídica, entendida como “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular. Desde logo, as situações, relações e comportamentos de que se cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exectoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (id. Ib., p. 66). Assim, a eficácia jurídica, enquanto qualidade formal que torna apta uma norma a produzir efeitos no mundo jurídico, não é de se confundir com o que mais propriamente se designa como sua efetividade, que é a sua eficácia social. Retomando a respeito a lição de José Afonso da Silva, tem-se que: “O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final” (ob. loc. ult. cit.).

A classificação apresentada pelo A. aqui focado, nesse passo, é a seguinte:

(1) Normas de eficácia plena, que são aquelas sem necessidade de qualquer integração legislativa infra-constitucional para que produza de imediato seus efeitos, ou seja, “aquelas que desde a entrada em vigor da constituição produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta ou normativamente, quis regular” (id. ib. p. 19). Exemplos de tais normas aparecem nos arts. 21 a 24 da CR, quando são definidas as competências da União, bem como nas imposições que a ela faz a norma do art. 19, ou ainda a definição de seus bens no art. seguinte.

(2) Normas de eficácia contida, que são aquelas dotadas de uma eficácia que se pode qualificar de prospectiva, pois embora possuam eficácia total e imediata, a legislação constitucional pode restringir seu campo de abrangência, respeitando-se sempre o conteúdo mínimo do direito que por tais normas venham a ser consagrados. Assim, seriam exemplos de tais normas aquelas previstas no art. 5o., inc. XIII, quanto à liberdade profissional a ser

exercida, verbis, “atendidas as qualificações que a lei estabelecer”, ou ainda no inc. XXIV, com relação à desapropriação.

(3) Normas de eficácia limitada. Estas se entende que não estão aptas a produzirem todos os seus efeitos de imediato, por necessitarem, para tanto, “de uma ação legislativa infra-constitucional, ou de ação de adequação para seu integral cumprimento” (id. ib., p. 121). Estas normas são consideradas como normas de “eficácia fraca”, a ser fortalecida pela ação de legisladores e administradores, enquanto os dois tipos anteriormente referidos seriam “normas fortes” quanto à sua eficácia, que não podem ser enfraquecidas quer pelo legislador ordinário, quer pela Administração Pública, ou então, carecem de necessidade de serem fortalecidas.

As normas do terceiro tipo são subdivididas em dois sub-tipos, nomeadamente, (3A) normas constitucionais de eficácia limitada instituidoras de princípios organizativos ou, simplesmente, de normas de princípios institutivo, e (3B) normas constitucionais de princípio programático ou, simplesmente, normas programáticas. O primeiro sub-tipo “contêm esquemas gerais, em como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo” (id. ib., p. 122). Exemplos destas normas estariam no art. 33, caput, da CR, que refere à lei que estabelecerá a organização judiciária dos territórios, assim como o art. 90, § 2o., sobre a lei que organizará e disciplinará o funcionamento do Conselho da República, e ainda o art. 113, sobre a organização da Justiça do Trabalho. Já as normas programáticas “são normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (id. ib., p. 138). São dados como exemplos o direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e de proteção às crianças (art. 227), ou seja, aqueles direitos sociais, econômicos e culturais, carecedores de políticas públicas para sua realização, a demandarem, por exemplo, políticas públicas, que hoje se entende podem – e devem – ser cobradas, inclusive judicialmente, o que não seria possível, em se considerando meramente programáticas as normas que as consagra.

É certo que mesmo a tais normas se atribui uma série de efeitos, como:

- (a) estabelecer um dever para o legislador ordinário,
- (b) condicionar a legislação futura, tornando inconstitucional o que se mostre com elas incompatível,
- (c) informar a concepção de Estado e de Sociedade a inspirar a ordenação jurídica como um todo,
- (d) constituir o sentido teleológico para a interpretação e integração de normas constitucionais
- (e) condicionar a atividade discricionária da Administração,
- (f) criar situações jurídicas subjetivas de vantagens ou desvantagens,
- (g) revogar legislação constitucional pré-existente que se mostre incompatível – agora pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental instituída pela lei 9.892, de 03/12/1999.

III – Conclusão.

A classificação apresentada é acatada por inúmeros constitucionalistas e, mesmo, teóricos do direito, como Maria Helena Diniz, em obra específica sobre o assunto, de 1989. É certo que costumam introduzir variações no tema, sem escaparem do que nos parece crucial – e condenável –, que é a redução de eficácia de normas constitucionais, como aquelas que consagram direitos sociais, ou mesmo a atribuição de uma eficácia absoluta a tais normas, quando o seu entendimento como normas com a estrutura de princípios levaria à compreensão de que são todas normas de eficácia, sim, porém sempre relativas umas às outras – e tão-somente a elas, máxime em se tratando de normas que consagram direitos fundamentais. É que tais normas, na explicação esclarecedora de Robert Alexy, em sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de 1985, influenciado pelo antes referido Ronald Dworkin, são normas que, ao contrário das regras, contêm uma “determinação de otimização” (Optimierungsgebot), de que se cumpram na medida do que for jurídica e faticamente possível e necessário.

É assim que nos parece importante, nesse contexto, retomar posições como aquela defendida ainda antes da entrada em vigor da atual constituição brasileira, pelo hoje ministro do STF, Eros Roberto Grau, quando apontava o caráter reacionário de construções

que deslocam a consagração de direitos fundamentais para normas programáticas, sem aplicação direta e imediata, o que hoje contraria frontalmente o disposto no art. 5o., § 1o. da referida Constituição – e não venha se dizer que o ali disposto não abrange direitos sociais, porque assim a violação seria do que dispõe o § 2o. do mesmo artigo, quanto a direitos outros que não aqueles ali elencados, no art. 5o., por decorrentes do regime por nós adotado, quando este regime é, ainda, ao menos formalmente, aquele próprio de um Estado Democrático de Direito, com ampla consagração de direitos, inclusive de conteúdo social. Ao mesmo tempo, vale registrar posição divergente da doutrina constitucional, sobre o tema da eficácia das normas constitucionais, apresentada por Luis Roberto Barroso, na obra “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas” (5a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004), quando distingue normas de direitos fundamentais de normas de organização institucional do Estado, sendo tão-somente dentre estas que apareceriam normas programáticas.

Também Celso Ribeiro Bastos, em obra escrita em parceria com o hoje ministro do STF Carlos Ayres de Britto, oferece classificação em que a eficácia das normas constitucionais as distinguiria em normas de aplicação irregulamentáveis ou regulamentáveis, e normas de integração, completáveis ou restringíveis, sem referir normas programáticas.

Para encerrar, vale o registro de autor hoje muito influente, que em edição de 1989 de sua festejada obra enciclopédica de Direito Constitucional repele a adequação de se falar ainda em normas programáticas, posição que aparece bastante nuançada em edições mais recentes de tal obra. Estamos nos referindo ao professor português J. J. Gomes Canotilho. Isso talvez decorra de seu contato cada vez mais intenso com a doutrina brasileira, que insiste em adotar categorias hoje descartadas mesmo por doutrinadores que a inspiraram, a exemplo do referido Vezio Crisafulli.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A norma Constitucional e sua Eficácia**. Disponível em: < http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Artigo_Detalhar&did=20456 >. Acesso em: 11 out 2006.