

A morte das normas constitucionais programáticas com eficácia limitada

Marcelo Weick Pogliese*

O Século XX foi palco de grandes transformações na estrutura dos Textos Constitucionais por todo o mundo. Das Constituições responsáveis pela disposição organizacional do Estado, vislumbrou-se, mais precisamente, a partir da Constituição de Weimar (11-08-1919), o elastecimento do conteúdo normativo, passando a regular não só o aspecto político, como também, a abraçar um conjunto de anseios sociais e econômicos dos mais diversos, como resultado do choque entre as teses do Estado Liberal e do Estado Intervencionista.

Do plano do ser, as Constituições partiram para o dever ser, ou seja, buscaram consolidar em seus textos um arcabouço de idéias dominantes (conflitantes ou não), na tentativa de direcionar o futuro de seus respectivos Estados.

A Constituição Brasileira de 1988 é criada ainda sob forte influência destas duas correntes antagônicas. Em vista disso, ao lado da flagrante programaticidade de nosso Texto Constitucional, os constituintes também inseriram àquele, para dotá-las de maior segurança e estabilidade jurídica (no claro reflexo da dificuldade de definição do traçado ideológico do Estado), matérias que eram, anteriormente, de cunho meramente infraconstitucional.

Ocorre que, no decorrer dos anos, verifica-se a constante dificuldade de chegar-se à eficácia de alguns trechos do conteúdo normativo de nossa *Lex Fundamentalis*. Eficácia "é a qualidade que possui a norma de produzir, concretamente, seus efeitos jurídicos, não só considerando suas relações internormativas, mas, também, em relação a realidade social, atingindo a finalidade para a qual foi criada"(1).

Em vários instantes, não é fácil fazer valer aquilo que foi escrito, demonstrando um latente descompasso da Carta com a realidade. Pode-se apontar na Constituição determinadas normas eivadas do vício da chamada ilusão constitucional, que consiste no "erro político, que consiste em ter como existente uma ordem normal jurídica, regulamentada, legal, numa palavra constitucional, mesmo quando essa ordem na verdade não existe." (2)

Mas quais seriam os fatores que acarretam a não efetivação destas normas constitucionais?

A *prima facie*, poderia-se culpar o "Excesso" de Constituição, compreendido pelo seu conteúdo material extremamente analítico, descendo "a minúcias próprias da lei comum e que rigorosamente não são essenciais para assegurar os direitos fundamentais que aborda" (3). Como consequência desta constatação, estaria-se diante da inviabilidade de alguns dos comandos constitucionais.

Todavia, a problemática da efetivação não está diretamente correlacionada à sobrecarga normativa-constitucional, mas na qualidade das normas constitucionais existentes. O distanciamento do Texto Constitucional para com o mundo real, precisa ser analisado através do estudo de quais os tipos de normas constitucionais vigentes, e, através desta verificação, encontrar-se-á fórmulas capazes de solucionar a ineficácia temporária das mesmas.

Existem várias terminologias adotadas quando o assunto é a classificação das normas constitucionais. Quando o critério diferenciador é a eficácia e a aplicabilidade, a divergência doutrinária é maior ainda. Por opção acadêmica e para o desenvolvimento deste trabalho, registra-se a seguinte classificação:

- Normas constitucionais imediatamente preceptivas (Paulo Bonavides) ou Normas constitucionais de eficácia plena (José Afonso da Silva) – "*são 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 e normativamente quis regular.*" (4)
- Normas constitucionais de eficácia diferida (Bonavides) ou Normas de eficácia contida (Afonso da Silva) – "*são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que estabelecer ou nos termos gerais nelas enunciados.*" (5)
- Normas constitucionais programáticas ou normas de eficácia limitada – "*são as que não receberam do constituinte suficiente normatividade para que possam ser aplicadas, quando se faz necessário que a produção ordinária complete as matérias nelas traçadas.*" (6)

Sem dúvida alguma, as normas que apresentam a maior fragilidade em sua efetivação são as de cunho programático, servindo "assim de pretexto para à inobservância da Constituição" (7).

Será que não existem, contudo, alternativas para suplantar tal obstáculo? Haveremos de conviver com um conjunto de normas-diretrizes ou normas-princípios, que nunca estarão aptas à produzir seus efeitos em nossa sociedade?

O Professor J.J. Gomes Canotilho, em inovador posicionamento, proclama a "**morte das normas programáticas**". Este perquire pela ruptura da doutrina clássica (e da decorrente classificação da eficácia das normas constitucionais) ao afirmar que, em razão daquelas possuem "um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), **porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político**" (8). E vai mais além, ao afirmar que esta positividade das normas programáticas acarreta na:

1. "Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);

2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-los em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);
3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidades, em relação aos actos que as contrariam." (9)

Em outras palavras, ao demonstrar que o atual insucesso destas se deve não a sua existência, como normas dentro do Texto Constitucional, mas em virtude da forma como elas são visualizadas, ou seja, do errôneo entendimento de que somente serão aplicadas após regulamentação (não aceitando a obrigatoriedade e vinculação imediata), o brilhante constitucionalista português coloca, no mesmo plano, todas as normas constitucionais, diminuindo por bastante o problema da eficácia.

O que se faz indagar é o porquê da opção dos constituintes brasileiros em adicionar esta espécie de norma (as programáticas), dentro do texto constitucional, deixando para o legislador ordinário um infindável mar de regulamentações. Após 12 anos da promulgação da Carta Magna, segundo Sandro Nahmias Melo, ainda existem 27 dos 77 incisos do art. 5º carecendo de regulação pelo legislador infraconstitucional. (10)

Esta dúvida é sanada quando lemos as palavras do jurista Raul Machado Horta quando declara que "considerando a natureza obrigatória da norma constitucional, o preenchimento de regras constitucionais pela legislação ordinária demonstra, entretanto, que a Constituição dispõe de plasticidade. A plasticidade permitirá a permanente projeção da Constituição na realidade social e econômica, afastando o risco da imobilidade que a rigidez constitucional sempre acarreta." (11)

Para que saíamos do plano teórico para o prático, é necessário que haja um maior comprometimento dos operadores do Direito para com a nossa Constituição. Que sociedade é esta que aguarda, aturdido e apático, a atuação do legislador ordinário para fazer valer um comando constitucional !

Não é mais cabível que nos encontremos à mercê da vontade do Poder Legiferante, e que, diante de sua inércia na regulamentação infra-constitucional de determinadas matérias, nos escusemos de aplicar princípios consolidados em nossa *Lex Fundamentalis*.

Não podemos olvidar que temos em nossas mãos um dos instrumentos mais amplos do Direito: A Interpretação Constitucional. Como salienta o Professor Luís Roberto Barroso, esta "não é mero processo hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura de norma legal." (12)

Canotilho defende a idéia de que "além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, 'as normas programáticas' vinculam também os tribunais, pois os juízes, 'têm acesso a Constituição', com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de

inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento dos atos normativos contrários às mesmas normas." (13)

A cultura jurídica brasileira é um dos maiores empecilhos para a concretização destes ditames constitucionais, por encontrar-se intrinsecamente ligada aos Códigos e ao exagerado arcabouço legislativo.

Esta constatação é clara quando nos volvemos para o processo de subsunção do fato à norma, ou seja, da aplicação da norma ao caso concreto: é comum, como nosso primeiro passo irmos de encontro à legislação ordinária que se adeque a matéria; posteriormente é que nos voltamos à Constituição, num processo interpretativo de baixo para cima.

Entretanto, o correto mecanismo de interpretação, respeitando-se à supremacia da Constituição, só é efetivado no instante em que visualizamos o caso concreto a partir do texto constitucional; quando pesquisamos as raízes dos princípios, os porquês e as finalidades destas normas constitucionais e questionando quais seriam seus comandos em face da situação fática *sub examine*.

A interpretação nasce da Constituição para a legislação ordinária. Se estas foram compatíveis com os ditames daquelas, aplicadas serão; se incompatíveis, prevalece a afirmativa fundamental.

Outro ponto que merece repúdio é a conservação da aplicação de certas leis (anteriores à 1988) que se encontram em total afronta com as regras constitucionais vigentes, inclusive em desacordo com algumas normas-diretrizes.

Que apego é este que sufoca o desenvolvimento interpretativo de nossos operadores, que se recusam, em sua grande maioria, a trabalhar com os princípios constitucionais, na fraca desculpa de esperarem por sua devida regulamentação? É a manutenção da legislação capenga em detrimento da vontade soberana da sociedade!

Esta atitude demonstra o total descumprimento do "princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais" (14). Ora, não se faz necessária a expressa revogação de norma ordinária, por sua não recepção, para que os operadores deixem de aplicá-las. Como bem ministra Canotilho, as chamadas normas constitucionais programáticas "têm ainda efeito 'derrogatório' ou 'invalidante' dos atos normativos incompatíveis com as mesmas." (15)

Mas, mesmo cientes disso, juízes, advogados, membros do ministério público e a própria academia ainda são teimosos em esperar que uma vindoura regulamentação venha a se concretizar para, aí sim, começarem a aplicar os princípios elencados no Texto Constitucional.

Um dos maiores exemplos desta afronta ao sistema jurídico é o uso do Código Civil Brasileiro em matérias onde a Constituição de 1988 inovou-as por completo. É comum encontrarmos decisões jurisprudenciais e posições acadêmicas reivindicando a manutenção de certos artigos do Código Civil que ferem o âmago, por exemplo, do princípio da igualdade entre o homem e a mulher.

Neste caso, o jurista paraibano José de Farias Tavares é taxativo ao afirmar que "qualquer dispositivo de lei anterior que consiste em discriminação de direito, do homem e da mulher, para mais ou para menos, considera-se revogada." (16)

Atitudes mais corajosas são essenciais. Mister se faz que lutemos pela efetivação dos direitos em nossa Constituição. O mero pretexto da inverídica existência de normas de eficácia limitada e de sua consequente não regulamentação, constitui-se na maior usurpação de nossas conquistas constitucionais.

NOTAS

1. Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. Necessidade de Regulamentação Constitucional, in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. Ed. Revista dos Tribunais. pag.62.
2. Karl Marx citado por Pinto Ferreira in Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 9ª Edição. pag.11
3. Ferraz, Anna Cândida da Cunha. *Necessidade de Regulamentação Constitucional*, in Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. vol. 18. Ed. Revista dos Tribunais. pag.47.
4. Da Silva, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Editora Malheiros. 3ª edição. pag.101
5. Da Silva, José Afonso. Idem. pag.116
6. Ferrari, Regina Maria Macedo Nery. Idem. pag.63.
7. Bonavides, Paulo. Idem. pag.219
8. Canotilho, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina Editora. 3ª Edição. pag.1102
9. Idem. pag.1103.
10. Melo, Sandro Nahmias. Idem. pag.176
11. Horta, Raul Machado. Direito Constitucional. 2ª Edição. Editora Del Rey. pag.209
12. Barroso, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Editora Saraiva. 3ª Edição. pag.182
13. Canotilho. Idem. pag.1105/1106
14. Pontes de Miranda in Dantas,Ivo. *O Valor da Constituição*. Editora Renovar. pag167.
15. Canotilho. Idem, pag.1106
16. Tavares, José de Farias. O Código Civil e a Nova Constituição. Editora Forense. 3ª edição. pag.7

* acadêmico de Direito na Unipê, em João Pessoa (PB)

POGLIESE, Marcelo Weick. A morte das normas constitucionais programáticas com eficácia limitada . Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=99>>. Acesso em: 17 out. 2006.