

## ***As normas constitucionais de acordo com à sua eficácia e aplicabilidade \****

### **1. Introdução**

O tema proposto, pela sua especificidade, é dos mais complexos, porquanto sobre ele se refletem questões que ultrapassam os limites do direito político, incursionando pela teoria do direito, pela hermenêutica, pela sociologia jurídica, pela ética e pela ciência política.

Além do caráter estritamente técnico da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, há no horizonte do constitucionalismo contemporâneo a síndrome da crise, destacada por **Luiz Roberto Barroso**,<sup>1</sup> a apontar a frustração constitucional, decorrente da inflação jurídica, da insinceridade normativa e da juridicização do fato político.

Como lembra **Paulo Bonavides**,<sup>2</sup> com a programaticidade do estado social, o conceito de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo, entrou em crise. E hoje o drama do constitucionalismo contemporâneo reside justamente no fato de desejar-se uma programaticidade jurídica e não uma programaticidade sem positividade, sem efetividade. Enfim, uma Constituição verdadeira, na expressão de **Smend**,<sup>3</sup> refletindo a concepção de vida e um sistema de valores, exprimindo os componente espirituais de uma realidade cultural.

---

\* Tema exposto no Seminário 3, da disciplina Fundamentos do Direito Constitucional, do Mestrado da UFSC, sob a cátedra do Professor Doutor Sílvio Dobrowolski, em data de 09.08.1999.

<sup>1</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993, p.41-114.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 1999, p.200-227.

<sup>3</sup> SMEND, Rudolf. "Verfassung und Verfassungsrecht", in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim, 1955.

O presente trabalho trata inicialmente, da evolução do conceito político e filosófico ao conceito jurídico das Constituições, sob o enfoque de **Paulo Bonavides**. Num segundo plano, examina a questão da frustração constitucional, com destaque para o constitucionalismo brasileiro, sob a ótica de **Luiz Roberto Barroso**. Em seguida adentra propriamente no tema proposto, definindo a natureza e a eficácia jurídica das normas constitucionais, desta feita, pelo crivo de **José Afonso da Silva**,<sup>4</sup> tendo por fundamento sua prestigiosa obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Por fim, a questão da eficácia constitucional é revisitada, desta feita numa visão semiológica, destacando a obra de **Maria Helena Diniz**,<sup>5</sup> que faz essa leitura do tema, em sua festejada obra *Norma Constitucional e seus efeitos*.

## 02. Do conceito político ao conceito jurídico das Constituições

As primeiras constituições, como anota **Paulo Bonavides**, tiveram um acentuado teor revolucionário e inspiração jusnaturalista. Traduziam um sentimento de profunda desconfiança contra o poder absoluto, com uma doutrina liberal de valorização da sociedade burguesa, de cunho individualista<sup>6</sup>. Sedimentavam-se num conceito político e filosófico de antagonismo ao poder. Já as declarações de direitos tinham a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária e assim como os preâmbulos definiam a ideologia constitucional, de inspiração política. Só mais tarde, consolidadas as instituições liberais tomou definida e nítida feição jurídica.<sup>7</sup>

Foi notadamente com a Constituições brasileira de 1.824 e belga de 1832 que as cartas liberais passaram a ter uma definição jurídica. Já no século XX, emergindo no ocidente o Estado social burguês, eclodiram as constituições

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1998, p.270.

<sup>5</sup> DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 2. ed. atualizada. São Paulo : Saraiva, 1992, p.155.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 200.

socialistas, não mais disciplinando somente o poder estatal e os direitos individuais, como no século XIX, mas regulando uma esfera muito mais ampla — o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.<sup>8</sup> Nessa perspectiva merecem destaque as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, enunciando os princípios constitucionais do Estado social em gestação, pelas vias do compromisso.<sup>9</sup>

Sublinha **Bonavides**, que com a programaticidade entrou em crise o conceito de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. E o drama jurídico das Constituições contemporâneas estaria residindo fundamentalmente em passar da esfera abstrata dos princípios, definidores dos direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, à ordem concreta das normas, destacando que se deseja uma programaticidade jurídica e não uma programaticidade sem positividade.<sup>10</sup> Significativa, neste tocante, foi a contundente crítica teórica sobre a eficácia das normas nas Constituições rígidas e formais, desferida por **Lassale**,<sup>11</sup> contrapondo à Constituição folha de papel, a Constituição real, viva, dinâmica, conjunto de forças sociais e econômicas indomáveis.<sup>12</sup> Por fim, chega-se à Constituição portadora de uma determinada concepção de vida ou de um determinado sistema de valores, exprimindo componentes espirituais de uma realidade cultural, na definição de **Smend**<sup>13, 14</sup>.

Para **Canotilho**, “O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p.201.

<sup>8</sup> Idem, idem, p. 203/204.

<sup>9</sup> Idem, idem, p.205.

<sup>10</sup> Idem, idem, p.207.

<sup>11</sup> LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitución?*, Buenos Aires, 1946.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Idem idem, p.208.

<sup>13</sup> SMEND, Rudolf. “Verfassung und Verfassungsrecht”, in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim, 1955.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Ob. Cit., p.209.

os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas”.<sup>15</sup> No seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei: o direito constitucional é direito positivo, na definição de *F.Müller*. Nesta perspectiva *Garcia de Enterría* fala na “constituição como norma” e *K. Hesse*, na “força normativa da constituição.”<sup>16</sup>

### 03. A frustração constitucional e a juridicização do fato político

Na visão crítica de **Luiz Roberto Barroso**, o Estado brasileiro registra uma trajetória institucional acidentada, tendo uma *média* de uma Constituição a cada vinte anos, e uma quantidade impressionante de emendas e remendos, de boa e má inspiração, fazendo com que a ordem jurídica não seja sustentada nos valores da segurança e da justiça, reduzindo-se a um mero formalismo retórico.<sup>17</sup> Tal fenômeno, diga-se, não é só brasileiro, basta lembrar que a França, desde 1791, já teve 16 cartas políticas.

No plano ideal, será tanto melhor a Constituição quanto com maior facilidade se puder efetuar mudanças na vida social sem abalar a mecânica do processo político.<sup>18</sup> No Brasil, infelizmente, há uma tentação permanente de reformar a Constituição, sob a inspiração de fatores contingenciais e efêmeros<sup>19</sup>, como se observa, agora, no atual quadro da vida política brasileira, em que a Constituição tem sido mutilada por inspiração do modelo neo-liberal instalado no governo.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra : Almedina, 1993,p. 183.

<sup>16</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. Cit., p.183.

<sup>17</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993, p.45.

<sup>18</sup> Idem, idem, p. 48.

<sup>19</sup> Idem, idem, p. 50.

<sup>20</sup> Neste particular, basta lembrar que somente a Constituição de 1988 já sofreu 26 emendas, estando outras em discussão no Congresso Nacional. A chamada Reforma Administrativa, que foi editada pela Emenda n. 19/98, já está em processo de nova emenda constitucional, em vista da dificuldade de editar-se o chamado teto constitucional, previsto no art. 37, XI. Fala-se, agora, em emenda da emenda constitucional que está tramitando na Câmara dos Deputados.

Lembra **Barroso**, ao confrontar o nosso modelo constitucional com o americano, que não importa que a Carta não seja sintética. Importa sim, que tenha um texto analítico e não casuístico. Uma Carta analítica é mais suscetível de mudanças futuras, em vista do impacto da dinâmica política. O casuísmo, ao contrário, é “a patologia do analítico”.<sup>21</sup>

Não se diga, entretanto, que o tempo de duração da Carta seja indicativo seguro de seu êxito, bastando lembrar as ditaduras do Haiti (de Duvalier) e da Nicarágua (Somoza). A frustração do constitucionalismo no Brasil e na América Latina, todavia, pode ser medida pela inflação de textos de curta duração aliada à crônica instabilidade dos regimes políticos a que dão sustentação jurídica. Registre-se que da independência até hoje, os países latino-americanos editaram 267 Códigos Políticos. Somente a República Dominicana 32; Venezuela 27; Equador 22; Bolívia 20.<sup>22</sup>

Confrontando as normas constitucionais e a realidade do poder, **Karl Loewenstein**<sup>23</sup> elaborou a classificação ontológica das Constituições, diferenciando-as segundo seu caráter *normativo*, *nominal* ou *semântico*. A Constituição normativa não seria apenas a juridicamente válida, mas aquela vivamente integrada na sociedade. Inversamente, a Constituição semântica, seria a subalterna formalização de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder. Na Constituição nominal, a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, conservando ela um caráter educativo e prospectivo. Há uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o tempo. Transplantando essa classificação para o sistema constitucional brasileiro, na República, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 teriam sido nominais, já as

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1993, p.54.

<sup>22</sup> Idem, idem, p. 56.

<sup>23</sup> Karl Loewenstein. *Teoria de la constitución*. Barcelona, 1970.

Cartas de 1937, 1967 e 1969 teriam sido semânticas. Espera-se, agora, consolidar uma Constituição normativa.<sup>24</sup>

Enfocando o fenômeno do que denomina de *juridicização do fato político*, **Barroso**, traça, em verdade, um perfil histórico do constitucionalismo moderno. Sublinha que, em 1863, em conferência proferida para intelectuais e sindicalistas alemães, **Lassale**,<sup>25</sup> desenvolveu os fundamentos do sociologismo constitucional, formulando o entendimento de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade<sup>26</sup>. Numa vertente oposta, situa-se a visão estritamente jurídica da Constituição. **Hans Kelsen**,<sup>27</sup> com seu normativismo metodológico, levou às últimas conseqüências a idéia de Constituição como um sistema de normas, purificada de quaisquer elementos sociológicos, políticos ou filosóficos<sup>28</sup>. **Duguit**,<sup>29</sup> sustenta que o Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma determinada sociedade<sup>30</sup>. De seu turno, **Gramsci**,<sup>31</sup> observa que o Direito não exprime toda a sociedade, mas a classe dirigente, que impõe a todo o grupo social aquelas normas de conduta que estão mais ligadas à sua razão de ser e ao seu desenvolvimento.<sup>32</sup> Acentua **Barroso**, que há um consenso doutrinário razoável que o Direito Constitucional, mesmo em sua dimensão positiva, expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta<sup>33</sup>. E acrescenta: “Com o desenvolvimento das idéias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do

---

<sup>24</sup> Apud BARROSO, Luiz Roberto. Ob. Cit., p. 62/63.

<sup>25</sup> Ver LASSALE, Ferdinand. “A Essência da Constituição”.

<sup>26</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Idem, idem, p. 63/64.

<sup>27</sup> Ver KELSEN, Hans. “Teoria Pura do Direito”, “Teoria General del Estado”; e “Teoria General del Derecho y del Estado”.

<sup>28</sup> Apud BARROSO, Luiz Roberto. Ob. Cit., p.64/65.

<sup>29</sup> Ver DUGUIT, Leon. “Études de Droit Public”, vol. 2, 1901, p.1.

<sup>30</sup> Apud BARROSO, idem, idem, p.65.

<sup>31</sup> V. GRAMSCI, Antônio. “Maquiavel, a Política e o Estado Moderno”, 1980, p.152.

<sup>32</sup> Apud BARROSO, idem, idem, p.65.

<sup>33</sup> BARROSO, ob. Cit., p. 66/67.

processo econômico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição alemã de Weimar, de 1919”<sup>34</sup>.

#### 04. Natureza jurídica das normas constitucionais

Consoante **José Afonso da Silva**, *normas constitucionais* são todas as regras que integram uma constituição rígida.<sup>35</sup> Uma das conseqüências da rigidez é exatamente transformar em constitucional todas as disposições que integram a constituição.<sup>36</sup> Nossa Carta Política é de natureza rígida, uma vez que só pode ser modificada por processo legislativo diverso do previsto para a formação de outras leis (arts 61 a 69). Isso significa que todas as disposições que a integram são formalmente constitucionais.<sup>37</sup>

A Constituição, por evidente, nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponda às aspirações sócio-culturais da sociedade a que se destina.<sup>38</sup> O termo aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma.<sup>39</sup> Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas. Juridicamente, depende de saber se estão *vigentes*, se são *legítimas*, se têm *eficácia*.<sup>40</sup>

*Vigência*, de outro vértice, é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, exigível sob certas condições, não se confundindo com *eficácia*, sendo condição de efetivação desta<sup>41</sup>. Neste tocante, a Constituição, assim como as leis em geral, possui cláusula de vigência, determinando o momento em que começará a vigor e, com

---

<sup>34</sup> Idem, idem, p. 68.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 44.

<sup>36</sup> Idem, idem, p. 46

<sup>37</sup> Idem, idem, p. 47.

<sup>38</sup> Idem, idem, p.47.

<sup>39</sup> Idem, idem, p. 51.

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 52.

<sup>41</sup> Idem idem, p. 53.

isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios do seu conteúdo.<sup>42</sup> O prazo que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada em vigor é denominado *vacatio constitutionis*. Durante a *vacatio* continuam em vigor as normas anteriores. Assim, a lei que tenha sido editada neste período será inválida se contrariar as normas constitucionais existentes, mesmo quando esteja de acordo com a constituição já promulgada, mas não vigente.<sup>43</sup> Tal lei, todavia, vale enquanto perdurar a *vacatio*, ficando revogadas por inconstitucionalidade, com a vigência do novo texto.<sup>44</sup>

*Sobre legitimidade*, diz-se que as normas ordinárias e complementares são legítimas quando se conformam formal e substancialmente com os ditames da constituição.<sup>45</sup>

No pertinente à *eficácia*, diz-se que uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por isso, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispondo de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para isso, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.<sup>46</sup>

## **05. Eficácia das normas constitucionais.**

O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas enfrenta incertezas terminológicas. Para aludir a existência do Direito, os juristas

---

<sup>42</sup> Idem idem, p. 53. Anote-se que a Carta de 1967, promulgada em 24.01.67, entrou em vigor em 15.03.67 (art.189). A de 1969, promulgada em 17.10.69, entrou em vigor em 30.10.69. A CF/88 não trouxe cláusula de vigência e de promulgação, mas vários de seus dispositivos, especialmente do ADCT, estabelecem prazos a partir de sua promulgação, vale dizer que ela entrou em vigor desde sua promulgação, em 5.10.88, como observa o aludido jurista.

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 54.

<sup>44</sup> Idem, idem, p.55.

<sup>45</sup> Idem, idem, p.55.

<sup>46</sup> Idem, idem, p.60.

recorrem a diversas terminologias, como *positividade*, *vigência*, *eficácia*, *observância*, *factividade* e *efetividade*.<sup>47</sup>

O *sociologismo jurídico* reduz o problema da vigência ao da eficácia. Vigente seria o Direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz. Sob essa perspectiva, muitas normas constitucionais, especialmente as chamadas *programáticas*, não adquiririam vigência enquanto uma lei não as atuasse efetivamente.<sup>48</sup>

Já o *normativismo* de *Kelsen* distingue com precisão vigência de eficácia. A vigência pertenceria ao mundo do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*. Significa a existência específica da norma; ao passo que a *eficácia* é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida, pertencendo à ordem do *ser*. Acha, todavia, que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma<sup>49</sup>.

A ciência do Direito enfrenta o problema da classificação das normas, com proveito para o Direito Constitucional. Pelo seu caráter imperativo as normas jurídicas revelariam uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou *não-agir*, distinguindo-se, por isso, as normas jurídicas em *preceptivas* — as que impõem uma conduta positiva (Ex: arts. 5º, *caput*<sup>50</sup>, 44<sup>51</sup>, 164<sup>52</sup>) — e *proibitivas* — as que impõem uma omissão, uma conduta omissiva, um não-atuar, não-fazer (Ex: Arts. 5º, III<sup>53</sup>, XLV<sup>54</sup>, XXXVII<sup>55</sup>, XI<sup>56</sup>, 14, §2º,<sup>57</sup> 17, §4º,<sup>58</sup> 142, §3º, IV<sup>59</sup>)<sup>60</sup>.

<sup>47</sup> Idem, idem, p.63.

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 64.

<sup>49</sup> Idem, idem, p. 65.

<sup>50</sup> Art. 5º, *Caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...”

<sup>51</sup> “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

<sup>52</sup> “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.”

<sup>53</sup> “Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

<sup>54</sup> “Art. 5º, XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”;

<sup>55</sup> “Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção”;

**Del Vecchio**<sup>61</sup> classificou as normas jurídicas em *primárias* (suficientes por si mesmas) e *secundárias* (não bastantes por si mesmas, dependentes de outras). Lembra **J. Afonso da Silva**, que a existência de normas permissivas, que não determinam a obrigatoriedade de uma conduta positiva ou omissiva, induziu parte da doutrina a afirmar que nem todo o Direito é imperativo.<sup>62</sup>

A doutrina estabeleceu a clássica distinção das normas, sob o ponto de vista da eficácia, em *coercitivas* (*preceptivas e proibitivas* — impondo uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes) e *dispositivas* (as que completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais). As normas constitucionais pertenceriam essencialmente ao *ius cogens*, sendo controvertida a questão relativa a existência de normas constitucionais dispositivas.<sup>63</sup>

Sob o ponto de vista da aplicabilidade, a doutrina constitucional norte-americana classificou as normas constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, havidas como disposições *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, ou ainda, *bastantes em si* e *disposições não-auto-aplicáveis* ou *não-auto-executáveis*, ou *não-aplicáveis por si mesmas*, ou ainda, *não-bastantes em si*. Segundo a mesma doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; *auto-executáveis*, *auto-aplicáveis*, *bastantes em si*) são desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou

---

<sup>56</sup> “Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”;

<sup>57</sup> “Art. 14, § 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos”;

<sup>58</sup> “Art.17, § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”.

<sup>59</sup> “Art. 142, §2º, IV. ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”;

<sup>60</sup> SILVA, José Afonso. Idem, idem, p. 67.

<sup>61</sup> Ver DEL VECCHIO, Giorgio. “Philosophie du Droit.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 69.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 70/71.

*not self-enforcing*, ou *not self-acting*; *não auto-executáveis*, *não auto-aplicáveis*, *não bastantes em si*) são as de aplicabilidade depende de leis ordinárias<sup>64</sup>.

Na perspectiva de que todas as normas constitucionais são providas de eficácia, **José Afonso da Silva** discrimina-as em três categorias: *normas constitucionais de eficácia plena*; *normas constitucionais de eficácia contida*; *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*.<sup>65</sup> Propõe uma classificação quanto à eficácia e aplicabilidade, classificando-as: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada — a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórias de princípio programático.<sup>66</sup>

É justamente sobre essa classificação e seus fundamentos que se concentra esse estudo.

### **05.01. Normas constitucionais de eficácia plena**

A orientação doutrinária moderna reconhece eficácia plena e aplicabilidade imediata a maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até recentemente não passavam de princípios programáticos. A Constituição revelou, entretanto, acentuada tendência de deixar para o legislador ordinário a integração e complementação de suas normas.<sup>67</sup> A norma constitucional de eficácia plena contém todos os elementos e requisitos para sua incidência direta e imediata.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Idem, idem, p. 73/74.

<sup>65</sup> Idem, idem, p. 82.

<sup>66</sup> Idem, idem, p. 86.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p.88/89.

<sup>68</sup> Idem, idem, p. 99.

Exemplos: Arts. 1º;<sup>69</sup> 15<sup>70</sup>; 17, §4º;<sup>71</sup> 28<sup>72</sup>; 44, par.ún<sup>73</sup>.; 45<sup>74</sup>; 46, §1º;<sup>75</sup> 60, §3º;<sup>76</sup> 76<sup>77</sup>; 145, §2º;<sup>78</sup> 226, §1º.<sup>79</sup>

São, em suma, de eficácia plena, as normas constitucionais que: “a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes complete o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados”.<sup>80</sup>

<sup>69</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>70</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

<sup>71</sup> “Art.17, § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”.

<sup>72</sup> “Art. 28. A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de quatro anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77.”

<sup>73</sup> “Art. 44. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos”.

<sup>74</sup> “Art.45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.

<sup>75</sup> “Art. 46, § 1º - Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

<sup>76</sup> “Art. 60, § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”.

<sup>77</sup> “Art. . 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

<sup>78</sup> “Art. 145, § 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

<sup>79</sup> “Art. 226, § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração”.

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p.101.

### 05.02. Normas constitucionais de eficácia contida

Tais normas têm as seguintes características: *a)* são normas que em regra solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura (Arts. 5º,VIII, 5º,XIII, 37,I); *b)* Enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena ( Arts.15, IV em relação ao art. 5º, IV, VI e VIII; 14, §9º, etc.); *c)* são de aplicabilidade direta e imediata; *d)* algumas dessas normas já contêm um conceito ético-jurídico (bons costumes, ordem pública etc. Vide: CF69/art.153, §3º, arts. 144, §1º,I, 136, 142), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação da sua eficácia; *e)* sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, p.ex.)<sup>81</sup>. Estão discriminadas especialmente nos direitos e garantias fundamentais, despontando também em outros contextos.

As normas de eficácia contida tem natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público.<sup>82</sup>

*“São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”.*<sup>83</sup>

### 05.03. Normas constitucionais de eficácia limitada

São de dois tipos: *a)* as definidoras de princípio institutivo *ou organizativo*, ou normas constitucionais de princípio institutivo; *b)* as *definidoras*

---

<sup>81</sup> Idem, idem, p.104/105.

<sup>82</sup> Idem, idem, p.116.

<sup>83</sup> Idem, idem, p.116.

de *princípio programático*, ou normas constitucionais de princípio programático<sup>84</sup>.

### 05.03.01. Normas constitucionais definidoras de princípio institutivo

As *normas de princípio institutivo*, que também poderiam chamar-se de *princípio orgânico ou organizativo* caracterizam-se por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.<sup>85</sup> São aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.<sup>86</sup>

Podem ser *impositivas*, quando determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa (Ex: arts. 20, §2º; 32, §4º; 33; 37,XI; 88; 90, §2º; 91, §2º, 107, par.un.; 109,VI; 111, §3º, 113 e 128, §5º; 121; 146, 165, §9º, e 163, etc) e *facultativas ou permissivas*, quando não impõem uma obrigação, limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular ou a situação nelas delineada (Ex: Arts. 22, par.ún.; 125, §3º.; 195, §4º; 25, §3º, etc).<sup>87</sup>

Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional por omissão, por força do art. 103, § 2º, da CF. Tais normas entram em vigor na data prevista para a Constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência de lei integrativa. Tais normas, desde que entrem em vigor, são aplicáveis até onde possam, sendo que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador tão-só para aperfeiçoar sua aplicabilidade.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Idem, idem, p.118.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p. 123.

<sup>86</sup> Idem, idem, p.126.

<sup>87</sup> Idem, idem, p.127/128.

<sup>88</sup> Idem, idem, p.130.

### 05.03.02. Normas constitucionais definidoras de princípio programático

No que pertine às *normas constitucionais de princípio programático*, diga-se que as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo.<sup>89</sup>

São *programáticas* “aquelas 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 a realização dos fins sociais do Estado”.<sup>90</sup>

Segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, as normas programáticas da Constituição podem ser indicadas em três categorias: I – *Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade*: a) participação nos lucros... (art.7º,XI); b) proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º,XX); c) proteção em face da automação (art. 7º,XXVII); d) repressão ao abuso de poder econômico... (art.173, §4º); e) incentivos para a produção e o conhecimento de bens culturais (art. 216, §3º); f) estímulo às empresas que invistam em pesquisa e tecnologia (art. 218, §4º). II – *Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos*: a) à *União* – Arts. 21,IX (48,IV); 184; 211, §1º; b) aos *Poderes Públicos em geral*: Arts.: 215; 215, §1º; 216, §1º; 217; 218, §3º; 226; 227, §1º. III –

---

<sup>89</sup> Idem, idem, p.135. Anota **José Afonso da Silva** que “esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios formam o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição dirigente*, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática” (p.136/137).

<sup>90</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit, p.138.

*Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral: Arts. 170; 193.*<sup>91</sup>

As normas de princípio programático tem as seguintes características: “I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos...”<sup>92</sup>

Diga-se que qualquer lei que atente contra alguma norma constitucional, inclusive as programáticas, deve ser declarada inconstitucional. Nesse ponto as programáticas revelam-se com eficácia plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade.<sup>93</sup>

Concluindo, tem-se que “as normas programáticas tem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V

---

<sup>91</sup> Cf. José Afonso da Silva, não foram incluídos o direito à saúde (art.196), nem o direito à educação (205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado – o Estado, que, por isso, tem o dever de satisfazer esse direito (ob. Cit., p.149/150).

<sup>92</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p. 150/151.

<sup>93</sup> Idem, idem, p.163.

– condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem”.<sup>94</sup>

Lembra **José Afonso da Silva**, que o art. 5, § 1º, da CF estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, abrangendo, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Como algumas normas definidoras dos direitos sociais e coletivos dependem de legislação ulterior, a omissão legislativa pode ser corrigida através do Judiciário, pelos procedimentos do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e Ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º). Também é possível o exercício da *iniciativa popular* para a elaboração de leis integradoras da eficácia das normas constitucionais (CF, art. 61, § 2º).<sup>95</sup>

## 06. A eficácia constitucional numa visão semiológica <sup>96</sup>

A *semiologia*, segundo **Maria Helena Diniz**, exerce grande papel na elaboração do discurso científico, por analisar o âmbito ideológico das informações, possibilitando efetuar uma leitura das significações normativas relacionadas entre si, com a realidade e com o valor e, ainda, com seu elaborador e destinatário.<sup>97</sup> O recurso à semiologia é bastante útil, porquanto o direito pressupõe uma formulação lingüística, sendo a comunicação primordial para a convivência social. Além do que, a norma constitucional é um fator de controle social, por prescrever condutas.<sup>98</sup>

**Miguel Reale**<sup>99</sup>, na sua tridimensionalidade jurídica, concebe o sistema jurídico composto de um subsistema de *normas, fatos e de valores*

---

<sup>94</sup> Idem, idem, p.164.

<sup>95</sup> Idem, idem, p.166.

<sup>96</sup> Estudo baseado em **Maria Helena Diniz**, que publicou excelente trabalho sobre o problema eficaz da norma constitucional a partir do enfoque semiológico, intitulado *Norma Constitucional e seus efeitos* (2ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992, p.155).

<sup>97</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit., p.16.

<sup>98</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit., p.17.

<sup>99</sup> Miguel Reale. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo, Saraiva, 1968.

isomórficos entre si. Nessa perspectiva, deduz-se que os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação de interdependência. Se houver incongruência entre eles, há quebra de isomorfia<sup>100</sup> e lacuna. Havendo conflito dentro do subsistema normativo, há antinomia, sendo este *aberto e incompleto*, por estar em relação de importação e exportação de informações com os outros subsistemas (fático e valorativo).<sup>101</sup>

Na semiótica sempre são relacionados o sinal ou signo, o objeto denotado pelo signo e determinadas pessoas, apresentando-se em três dimensões: a) *Sintática*, estudando os signos ou símbolos lingüísticos relacionados entre si mesmos, prescindindo do usuário e das designações; b) *Semântica*, encarando a relação dos signos com os objetos extralingüísticos. Trata dos signos e dos objetos denotados, vinculando as afirmações do discurso com o campo objetivo a que se refere; c) *Pragmática*, estudando os símbolos lingüísticos, suas significações e as pessoas ligadas à semiose, ocupando-se a relação dos signos com os usuários. A ideologia é tida como uma dimensão pragmática da linguagem.<sup>102</sup>

#### **06.01. Determinação dos conceitos de validade, vigência, eficácia e fundamento como problema conceitual**

No conceito de *validade* em sentido amplo, cumpre distinguir entre validade constitucional, formal e fática, de um lado, e *vigência* e *eficácia* de outro. A *validade constitucional*, indica que a norma é conforme as prescrições constitucionais. A *validade formal* significa que foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais.<sup>103</sup> Na validade da norma pode-se vislumbrar uma relação *sintática*, pois somente será válida se se fundar

---

<sup>100</sup> A propósito do conceito de *isomorfia*, ver KLUG, Ulrich, *Lógica Jurídica*, publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Caracas, 1969, p.129.

<sup>101</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.20.

<sup>102</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p. 21.

<sup>103</sup> Idem, idem, p.23.

em uma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para sua elaboração.<sup>104</sup> Para **Alf Ross**<sup>105</sup>, em sua teoria realista, a validade jurídica apóia-se na realidade dos fatos, sendo, portanto, uma validade *semântica*, já que a norma valeria se for efetivamente obedecida.<sup>106</sup> Para **Tércio Sampaio Ferraz Jr.**,<sup>107</sup> a norma válida, sob o prisma *pragmático*, é aquela cuja autoridade, ainda que o conteúdo não seja cumprido, é respeitada, sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito.<sup>108</sup> A *validade fática* de uma norma significa que ela é efetiva.

No período que vai da publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é *vigente*. *Vigência temporal*, portanto, é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir concretamente seus efeitos (eficácia).<sup>109</sup> Diga-se que a vigência poderá coincidir com a validade formal, mas nada obsta que uma norma válida tenha sua vigência postergada (vide LICC, art. 1º, vigência 45 dias da publicação). Ademais, uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, tendo vigor para os casos anteriores à sua revogação, na preservação do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º,XXXVI; LICC, art. 6º, §§ 1º a 3º).<sup>110</sup>

A *eficácia* diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica e ao seu sucesso. É a qualidade do texto normativo vigente de produzir efeitos jurídicos concretos, no meio social.<sup>111</sup> Indica, em sentido técnico,

---

<sup>104</sup> Idem, idem, p.23/24.

<sup>105</sup> De ROSS, Alf, ver *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, 1963); *El concepto de validez y otros ensayos* (Buenos Aires, 1969); *Logica de las normas* (Madrid, 1970).

<sup>106</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.24

<sup>107</sup> Ver FERRAZ JR, Tércio Sampaio. “Segurança jurídica e normas gerais tributárias”. *Revista de Direito Tributário*, 17-18:52.

<sup>108</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.24/25.

<sup>109</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit., p.25.

<sup>110</sup> Idem, idem, p.26.

<sup>111</sup> Idem, idem, p.27.

que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer ou produzir seus próprios efeitos jurídicos.<sup>112</sup>

A legitimidade, num sentido ampliativo e ideológico, deve ser entendida como *validade ética* ou *fundamento axiológico* do direito, cuja finalidade é implantar uma ordem justa na vida social.<sup>113</sup> Assim, legítima será a norma constitucional advinda de um titular legítimo do poder constituinte,<sup>114</sup> mas deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege.<sup>115</sup>

#### **06.02. Conceito de eficácia constitucional sob a dimensão pragmática em conexão com os aspectos sintáticos e semânticos**

A eficácia, numa *dimensão sintática*, seria a aptidão técnica da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos.<sup>116</sup> Terá *eficácia jurídica* a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de *aplicabilidade*.<sup>117</sup> A aplicabilidade da norma dependeria de saber se ela é vigente, legítima e se tem eficácia.<sup>118</sup> Determinando a necessidade de sua regulamentação, enquanto esta não advier, será *sintaticamente* ineficaz a norma constitucional, instaurando-se uma *lacuna técnica*, que poderá ser suprida pelo *mandado de injunção* (CF, art. 5º, LXXI) e a *iniciativa popular* (art. 14, III e 61, § 2º).

A eficácia constitucional, no nível sintático, pode, ainda, ser aferida no *plano temporal*, revogando as que com ela forem incompatíveis, recepcionando as que com ela não conflitarem, condenando à repristinação ou operando a desconstitucionalização, dispondo para o futuro e para o passado.<sup>119</sup>

---

<sup>112</sup> Idem, idem, p.28.

<sup>113</sup> Idem, idem, p.30.

<sup>114</sup> Idem, idem, p.30.

<sup>115</sup> Idem, idem, p.32.

<sup>116</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.34.

<sup>117</sup> Idem, idem, p.35.

<sup>118</sup> Idem, idem, p.35.

<sup>119</sup> Idem, idem, p.42/43.

Diga-se que com a implantação da nova Carta, verifica-se, pela sua supremacia, a subordinação de toda a ordem jurídica aos novos preceitos. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas. Por outro lado, está ínsita no sistema a regra de que a nova Carta não repudia as normas anteriores com ela compatíveis,<sup>120</sup> operando-se automaticamente a recepção.

Opera-se o fenômeno da *desconstitucionalização* pela recepção pelo novo texto constitucional, como leis ordinárias, dos antigos preceitos constitucionais, que não são objeto da nova Carta.<sup>121</sup> A norma constitucional pode ter *eficácia pós-operante*, dispondo para o futuro, não alcançando fatos pretéritos com ela conflitantes e *retrooperante*, regendo o passado, alcançando situações constituídas sob a égide da Constituição anterior. Sua vigência é para o futuro, mas sua eficácia pode ser para o futuro e para o passado.<sup>122</sup> Para solucionar os conflitos são usados dois critérios — a) o das disposições transitórias, no próprio texto normativo; e b) o dos princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas, de construção doutrinária.<sup>123</sup> A retroatividade tem caráter excepcional, já que a irretroatividade está consubstanciada na Constituição (art. 5º,XXXVI).<sup>124</sup> A eficácia da nova norma está limitada pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, efeitos residuais da lei revogada.<sup>125</sup> Retroagem as normas constitucionais e políticas; as normas administrativas, as processuais, principalmente as de organização judiciária e de competência e as penais, somente quando beneficiarem o réu (art. 5º,XL)<sup>126</sup>.<sup>127</sup>

A *eficácia social* respeita à relação semântica da norma (signo) não só com a realidade social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados).<sup>128</sup> Nessa perspectiva, *semanticamente*, será eficaz a norma

---

<sup>120</sup> Idem, idem, p.43.

<sup>121</sup> Idem, idem, p.47.

<sup>122</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p. 48/49.

<sup>123</sup> Idem, idem, p.49.

<sup>124</sup> Idem, idem, p.50.

<sup>125</sup> Idem, idem, p.52.

<sup>126</sup> V. a propósito do tema: Bento de Faria, *Aplicação e retroatividade da lei*, Rio de Janeiro, 1934, p.25/32; e Vicente Ráo, *O direito e a vida do direito*, 1952, v.1, p.452/459.

<sup>127</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.53/54.

<sup>128</sup> Idem, idem, p.56.

constitucional que tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos, sendo por isso obedecida.<sup>129</sup> Nesse enfoque o problema eficaz seria o da determinação real-fática se os destinatários da norma ajustam seu comportamento ao seu comando,<sup>130</sup> ou, em suma, se a norma constitucional seria efetivamente obedecida.<sup>131</sup> Por isso, é necessário que o texto constitucional tenha certo respaldo nos fatos sociais a que se refere e que tenha *exeqüibilidade*,<sup>132</sup> em suma, que tenha aplicação jurídica e sociológica.

Temos inúmeros exemplos de eficácia jurídica sintática, sem eficácia social, por ser a *norma semanticamente ineficaz* (vide relativamente aos direitos dos trabalhadores, art. 7º, IV, XI, XVIII; função social da propriedade, arts. 170, III e 186, I a IV).<sup>133</sup>

Como já dito, o sistema jurídico é composto de vários subsistemas — de normas, de fatos e de valores, correlatos entre si. Havendo discrepância entre eles, surge a lacuna normativa, ontológica ou axiológica. A *lacuna normativa*, ocorre verificando-se a ausência de norma sobre determinado caso; a *axiológica*, havendo norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta; e a *ontológica*, quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social.<sup>134</sup> Diz-se que haverá *eficácia sociológica* se ela for obedecida e aplicada pela autoridade.<sup>135</sup>

Toda norma pressupõe a pessoa que a estabelece ou fixa (emissor) e a quem se dirige (destinatário). A *pragmática* está intimamente conexa não só com as relações sintáticas e semânticas das normas constitucionais, mas também com a sua relação funcional de influir no comportamento do destinatário, que pode obedecê-las ou não.<sup>136</sup> Assim, se uma norma for

---

<sup>129</sup> Idem, idem, p.57.

<sup>130</sup> Idem, idem, p.57.

<sup>131</sup> Idem, idem, p.58.

<sup>132</sup> Idem, idem, p.58.

<sup>133</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.59

<sup>134</sup> Idem, idem, p.65.

<sup>135</sup> Idem, idem, p.65.

<sup>136</sup> Idem, idem, p.68.

sintaticamente eficaz, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida, fala-se em inefetividade pragmática no sentido de *desuso*, isto é, omissão diante de fatos que constituem condições para a aplicação da norma. A norma em desuso não perde a eficácia; é eficaz, mas regularmente desobedecida.<sup>137</sup> Por isso, não é possível estudar a eficácia constitucional em seu isolamento sintático e semântico; é preciso analisar esses efeitos ligando-os ao seu destinatário, ou seja o órgão competente para normar.<sup>138</sup>

Não há, sob o ângulo *pragmático* norma constitucional sem eficácia. Todo e qualquer preceito que contiver um *mínimo de eficácia* tem possibilidade de produzir, concretamente efeitos jurídicos. O *mínimo de eficácia* é, pois, a possibilidade da norma poder ser, concomitantemente obedecida e não aplicada pelo órgão competente; desobedecida e aplicada pela autoridade jurídica, ou ainda, ser desobedecida e não aplicada.<sup>139</sup>

### **06.03. Estabilidade da norma constitucional como condição de sua eficácia.**

“É indubitável que a Constituição deve nascer das realidades contingentes do grupo social, que disciplina.” Assim não fosse, seria ela, na expressão de **Ihering**,<sup>140</sup> *um fantasma de direito*, uma reunião de palavras vazias. Sem conteúdo substancial *esse direito fantasma*, como todas as assombrações, não se realizaria, não teria *eficácia social*.<sup>141</sup> No Brasil o nosso constitucionalismo tem sido exemplo de falta de correspondência entre a realidade fático-social e a normativa.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> Idem, idem, p.70.

<sup>138</sup> Idem, idem, p.70.

<sup>139</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p74.

<sup>140</sup> V. Rudolf von Ihering. *L'esprit du droit romain*, t.3, p.16.

<sup>141</sup> Apud DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p.77.

<sup>142</sup> DINIZ, Maria Helena. Idem, idem, p.77.

A norma constitucional é dotada de mutabilidade como tudo que pertence à história, embora possa ser estável ou duradoura.<sup>143</sup> Pela reforma constitucional promove-se a defesa da Constituição *dentro da Constituição*. Por isso, para evitar movimentos revolucionários, a ordem constitucional deve conter soluções para as suas crises, procurando legalmente suavizá-las, por meio de lenta transformação.<sup>144</sup> Nessa perspectiva, o ADCT, em seu art. 3º, previu a revisão constitucional brasileira após cinco anos, contados da promulgação e previu, igualmente, a possibilidade de ser emendada (art.60).

Havendo abuso de poder para exercer opressão irremediável, surge o *direito de resistência*, que, em sentido amplo, reconhece aos cidadãos, em certas condições a recusa à obediência, a oposição às normas injustas, a resistência à opressão e à revolução.<sup>145</sup> É legítima a resistência se a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou idéia de direito imperante na comunidade.<sup>146</sup>

Sublinha, **Maria Helena Diniz** que “a desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei com o fim imediato de induzir o poder de mudá-la”.<sup>147</sup> Exemplo histórico de desobediência civil é o americano, durante a Guerra do Vietnã, com a recusa do serviço militar obrigatório.<sup>148</sup>

## 07. Conclusão

---

<sup>143</sup> Idem, idem, p.82.

<sup>144</sup> Idem, idem, p.84.

<sup>145</sup> DINIZ, Maria Helena. Ob. Cit, p. 88.

<sup>146</sup> Idem, idem, p.89.

<sup>147</sup> Idem, idem, p.89.

<sup>148</sup> Idem, idem, p.89.

O presente trabalho, compilando a doutrina nacional mais consistente sobre o tema, oferece ao estudioso e notadamente ao profissional do Direito, a compreensão mais ampla da aplicabilidade das normas constitucionais, que não podem ser confinadas, para efeito de exegese, ao seu contexto normativo, mas interpretadas no horizonte da tridimensionalidade do Direito concebida por **Miguel Reale**, recorrendo, inclusive à semiologia, na concepção de uma Constituição real, viva, dinâmica, na perspectiva da construção do sonho de uma constituição normativa, na classificação ontológica de **Loewenstein**.

O processo, como tem reiteradamente afirmado a moderna doutrina processual, é instrumento ético, político e jurídico de composição da lide e de efetivação do próprio direito, incluindo em seu conteúdo o sentido axiológico da realização do justo. A decisão, por isso, deve vir impregnada quase de um efeito injuntivo, para construir a norma para o caso concreto, subministrando o remédio de efetivação do direito, de realização do justo e de pacificação social.

Notadamente o juiz, na expressão de **João Luiz Duboc Pinaud**,<sup>149</sup> deverá realizar na sentença uma psicoterapia social, abandonando esse discurso da neutralidade, e incorporando um ingrediente político de representação popular, que se legitima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, como poder político, ajudar a resolver.

Toda Constituição, na lição já apontada de **José Afonso da Silva**,<sup>150</sup> nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponder às aspirações sócio-culturais da sociedade a que destina.

E no conceito estrutural de Constituição de **Garcia-Pelayo**,<sup>151</sup> o direito constitucional vigente, como todo o Direito, não é pura norma, mas a síntese da

---

<sup>149</sup> Em palestra proferida no XVI Congresso Brasileiro de Magistrados, realizado de 27 a 30.09.99, em Gramado-RS, promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, envolvendo o tema “Justiça, Ética e Democracia – Judiciário Independente, Garantia do Cidadão”.

<sup>150</sup> SILVA, José Afonso. Ob. Cit., p.47.

<sup>151</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 4ª ed. Madri, Manuales de la Revista de Occidente, 1967. *Apud* José Afonso da Silva, idem, idem, p.41-42.

tensão entre a norma e a realidade com que se defronta, concebendo a Constituição como parte integrante da *ordem jurídica*, da *ordem estatal* e da *estrutura política*.

Dessarte, é preciso que o intérprete e o cidadão tenham a consciência não só do direito positivado na Constituição, mas que sejam instrumento de luta de sua aplicabilidade, de sua eficácia, para que as normas e os direitos nelas inscritos não sejam mera expressão formal, mas a representação de um direito vivo, concreto, verdadeiro.