

Aplicabilidade das Normas Constitucionais

José Afonso da Silva¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de eficácia e aplicabilidade. 3. Conceito de normas constitucionais. 4. Estrutura das normas constitucionais. 5. O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. 6. A trílice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade. 7. Normas constitucionais de eficácia plena. 8. Normas constitucionais de eficácia contida. 9. Normas constitucionais de eficácia limitada. 9.1. Normas constitucionais de princípio institutivo. 9.2. Normas constitucionais de princípio programático. 9.2.1. Conceito. 9.2.2. Localização das normas programáticas. 9.2.3. Normas programáticas e direitos sociais. 9.2.4. Normas programáticas e fins da ordem econômica e social. 9.2.5. Normas programáticas e princípios constitucionais. 9.2.6. Normas programáticas no sistema constitucional brasileiro. 9.2.7. Natureza dos direitos sociais. 9.2.8. Juridicidade. 9.2.9. Função e relevância. 9.2.10. Normas programáticas e regime político. 9.2.11. Normas programáticas e interpretação do Direito. 9.2.12. Normas programáticas e constitucionalidade das leis. 9.2.13. Normas programáticas e leis anteriores incompatíveis. 9.2.14. Condições gerais de aplicabilidade. 10. Instrumentos da eficácia constitucional.

1. Introdução

1. O tema será tratado em face da Constituição de 1988, que se enquadra no conceito de *constituição-dirigente*, enquanto se dirige a fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata por requerer providências ulteriores para incidir. Anoto, desde logo, que, aqui, se vai trazer uma síntese de obra já publicada pelo autor com o mesmo título, dispensada, portanto, minuciosas referências a essa obra no correr desta exposição, mesmo quando foi utilizado texto da obra com poucas alterações como na discussão referente às normas de princípio programático.

2. Este estudo não vai fazer distinção entre regra, norma e princípio. Vai usar a palavra *norma* num sentido abrangente de todos os tipos de disposições constitucionais, e parte da premissa de que não há normas constitucionais de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy. Todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, premissa que significa rigorosamente: *não há norma constitucional alguma destituída de eficácia*. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada.²

2. Conceito de eficácia e aplicabilidade

3. Tentarei esclarecer, nesta oportunidade, algumas dúvidas sobre *eficácia* e *aplicabilidade* que têm merecido algumas observações críticas sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à *distinção entre eficácia e aplicabilidade* e o segundo ao próprio *conceito de aplicabilidade*, que se revelaria uma tautologia no entender de um desses críticos.³

4. O texto que causou dúvidas está nas primeiras linhas da introdução ao meu livro sobre o tema, nos termos seguintes:

“Esta monografia se propõe a estudar a *aplicabilidade das normas constitucionais*.”

“*Aplicabilidade* significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social*,⁴ enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica”.⁵

5. O primeiro a questionar a distinção entre eficácia e aplicabilidade, que decorre do texto, foi o pranteado Prof. Raul Machado Horta, quando me arguiu no concurso em que apresentei a monografia.⁶ Ao responder à arguição, ponderei, em primeiro lugar, que, ao iniciar uma tese, é comum adiantar, desde logo, uma noção simples do tema, para que o leitor saiba do que se trata, para que no desenvolvimento do texto a noção se vá apurando num conceito mais acabado. Assim o fiz. A terceira linha da tese, ao delimitar o tema, dá a noção: *aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável*. Em segundo lugar, chamei a atenção do ilustrado mestre para outras passagens da obra em que o autor sustentava seu ponto de vista. Sobretudo, mostrei que monografia reservou um capítulo para tratar do problema da *eficácia constitucional*, onde se procurou distingui-la de outros fenômenos como a *positividade*, a *vigência*, a *facticidade*, a *observância* e a *efetividade*, discutindo aí a posição do sociologismo e do normativismo.

Observei, aí, que se toma a expressão *eficácia do direito* em dois sentidos. A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma;⁷ refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; ⁸ nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana, conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”.⁹ É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma.¹⁰ A *eficácia jurídica* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Em se tratando de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica* da norma designa *a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações,*

relações e comportamentos de que cogita;¹¹ nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. 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. Por isso é que, em se tratando de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

6. Conclui, notando a distinção entre eficácia e aplicabilidade:

“Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.”

“Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”.¹²

7. A outra arguição é a de que o conceito de aplicabilidade é tautológico. Diz a crítica que definir aplicabilidade como a qualidade do que é aplicável ou daquilo que pode ser aplicado é incorrer em tautologia, porque o sujeito e o predicado da proposição definicional expressam o mesmo conceito e o conteúdo, que, em termos kantianos, a proposição é um juízo analítico e não um juízo sintético nem um juízo sintético *a priori*.¹³ Não é o caso de entrar aqui na discussão dos juízos analíticos. ¹⁴ Apenas observo que, em geral, aqueles que identificam analiticidade com tautologia reduzem o juízo analítico a uma sinonímia, como “nenhum solteiro é casado”, o que significa fazer *tautonomia* e não propriamente tautologia. Ora, o meu conceito acabado de aplicabilidade não é redutível a “A=A”. É fácil verificar isso, primeiro porque não é uma proposição atributiva, já que esta se constrói com a cópula “é” ou “são”, mas uma proposição objetiva: “*aplicabilidade* significa a *qualidade* do que é aplicável”. Não se disse “aplicabilidade é aplicável” nem “aplicabilidade é o que é aplicável”; nem esta última proposição seria tipicamente tautológica, a não ser no sentido de toda proposição atributiva, em que o atributo explicita um dos elementos do sujeito (aqui a “qualidade”), sem ser mera repetição deste como nas proposições sinonímias (“A=A”), geradoras de tautonímias.¹⁵

3. Conceito de normas constitucionais

8. *Normas constitucionais* são todas as regras que integram uma Constituição rígida. ¹⁶ Isso não exclui o reconhecimento de disposições de conteúdo constitucional *fora* desse documento solene estabelecido pelo poder constituinte, mas estas são constitucionais apenas em sentido material, como as que se contêm, por exemplo, nos códigos eleitorais, as quais, no entanto, perdem seu significado constitucional, precisamente porque não se distinguem por sua hierarquia das demais prescrições do ordenamento jurídico.

Importa, pois, apenas o conceito de normas constitucionais formais, assim consideradas, como visto, todas as que integram uma constituição rígida, nada interessando seu conteúdo efetivo, porque só elas constituem fundamento de validade do ordenamento jurídico. Mas é preciso notar que as normas constitucionais, por natureza (normas constitucionais materiais), que aderem a tal documento também são constitucionais, evidentemente, até porque se tomaram formais na medida em que nele foram inscritas, coincidindo aqui o material e o formal.

9. A característica marcante das normas constitucionais consiste na sua *supremacia*, que é corolário da rigidez da Constituição. Pode-se mesmo dizer que é o princípio da supremacia formal que consubstancia o conceito de normas constitucionais, uma vez que, sem ele, tais normas não teriam diferença alguma das normas da legislação ordinária. É a supremacia, pois, que define a distinção formal entre normas constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico. Significa que as normas constitucionais estão no vértice do ordenamento jurídico, como *têtes de chapitre* dos demais ramos do direito, conforme anotava Pellegrino Rossi. E é desse princípio da supremacia que decorre a posição de superioridade hierárquica das normas constitucionais, que, por isso mesmo, constituem fundamento de validade das demais normas jurídicas, do qual resulta também o princípio da *compatibilidade vertical* das normas do ordenamento jurídico, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a de grau superior.

4. Estrutura das normas constitucionais

10. Não só deve ficar firmada a natureza jurídico-constitucional de todas as normas das Constituições rígidas, como sua natureza de direito constitucional. Nossa Constituição, como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, função e natureza, por postularem finalidades diferentes, mas coordenadas e inter-relacionadas entre si, formando um sistema de normas que se condicionam reciprocamente. Algumas delas são plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras são de eficácia reduzida, dependem de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência, não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam. “Nenhuma Constituição é perfeita” [diz bem Meuccio Ruini] “e qualquer uma dá lugar a ásperas contendas; mas, quando é aprovada, torna-se *a Constituição* e, se se pode pleitear-lhe a revisão, necessário, no entanto, respeitá-la e atuá-la”. ¹⁷ Toda Constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações socioculturais da comunidade a que se destina. Nenhuma, porém, pode sair completa da autoridade constituinte de uma vez e toda armada. ¹⁸ Muitas de suas normas precisam ser regulamentadas por uma legislação integrativa ulterior que lhes dê execução e aplicabilidade plena. Mas isso não significa que haja, em seu texto, regras não jurídicas, como certa corrente doutrinária sustenta, especialmente em relação às ditas programáticas, nas quais vê simples indicação ao legislador futuro, que pode segui-las ou não, ou pode até dispor de modo divergente, negando-lhes, assim, a mínima eficácia jurídica.

11. Nossa tese contesta essa posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais e, especialmente, destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país. Essa é uma doutrina ultrapassada. Seria mesmo de estranhar houvesse normas não jurídicas – meramente indicativas – numa ordenação constitucional. Se uma constituição é um documento jurídico, um sistema normativo, e fundamentalmente jurídico, não forma sentido admitir que, nesse conjunto normativo, existam disposições não jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas.¹⁹

12. O problema está ligado à convertida questão de normas jurídicas. Para a concepção tradicional, a “regra jurídica traduz um imperativo, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou de omissão”.²⁰ É frequente ler-se que Kelsen concebe as normas jurídicas como juízos hipotéticos e não como comandos ou imperativos.²¹ São, antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.²² Assim mesmo, acrescenta que não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência,²³ o que nos parece irrelevante, porque as normas permissivas e atributivas de poder ou competência também contêm comandos e imperativos no sentido de um *dever ser* que impõe (dados certos pressupostos) uma conduta prevista. Na doutrina kelseniana, as *proposições* jurídicas é que são juízos hipotéticos;²⁴ não são imperativos, mas juízos, isto é, afirmações sobre um objeto dado ao conhecimento.²⁵ Carlos Cossio, concebendo a norma jurídica como juízo disjuntivo,²⁶ tece vigorosa crítica ao imperativismo.²⁷ Sente-se, contudo, que ele está interpretando a imperatividade como ordem ou mandado. Ora, a concepção da norma como imperativo não encerra o conceito de ordem nem de mandado, mas de uma regra que impõe determinado comportamento, sob a consequência de, não sendo espontaneamente observado, incidir eventualmente uma sanção.

13. No que tange às normas constitucionais, a terminologia difere um pouco. Certa corrente distingue-as em *directivas* e *preceptivas*; estas se limitam a indicar uma direção ao legislador futuro, as quais não são verdadeiramente normas jurídicas e poderiam ser desobedecidas pelo legislador, sem violar a Constituição, só as primeiras seriam normas jurídicas, impondo comando positivo ou negativo.²⁸ Essa posição se identifica, em essência, com uma antiga concepção da doutrina e da jurisprudência norte-americana que distinguia as normas constitucionais em duas categorias: (a) as *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais, cujo cumprimento é obrigatório e inescusável; (b) as *directory provisions* (prescrições diretórias), de caráter regulamentar, podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse na inconstitucionalidade de seu ato. Cooley, nos Estados Unidos, e Francisco Campos, entre nós, demonstraram a falta de fundamento dessa doutrina.²⁹ Este afirmara, com sua costumeira precisão, que essa distinção repugna ao regime de constituição rígida, e acrescenta, mais adiante, que “uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte — pressuposição irremovível por argumentos em contrário — matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, de ordem substancial, portanto”.³⁰

14. Sob o aspecto que nos ocupa neste momento, podemos limitar-se à distinção que separa as normas jurídicas em *normas coercitivas* (*ius cogens*, normas cogentes, taxativas na terminologia de Del Vecchio)³¹ e *normas dispositivas* (*ius dispositivum*).

Coercitivas, de acordo com a doutrina, são as que impõem uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes, classificando-se, por isso, em *normas preceptivas* (ou, segundo outros, *imperativas*) e em *normas proibitivas*.³²

Dispositivas são as que “completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais, porque da natureza imperativa do direito não se segue que ele não leve em conta ou suprima sempre a vontade individual”.³³ São normas que possibilitam uma acomodação particular, e só serão aplicáveis na inexistência de acordo das partes,³⁴ às quais pertencem as normas de interpretação e as integrativas ou supletivas.³⁵ Todas são, porém, imperativas, porque, dadas certas condições ou hipóteses previstas, incidem obrigatoriamente.³⁶

5. O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais

15. A questão por último posta já envolve o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, que a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americana conceberam de maneira muito peculiar, classificando-as, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*,³⁷ que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de *disposições* (normas, cláusulas) *autoaplicáveis* ou *autoexecutáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas* ou ainda *bastantes em si*, e *disposições não autoaplicáveis*, ou *não autoexecutáveis*, ou *não executáveis por si mesmas*, ou ainda *não bastantes em si*.³⁸ As do primeiro grupo são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto as do segundo grupo são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.

16. A distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. São, na expressão de Ruy, “largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação”.³⁹

17. A classificação pura e simples das normas constitucionais em *autoaplicáveis* e *não autoaplicáveis* não correspondia, porém, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugeria a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando falava em regras “sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”. O próprio Ruy, no entanto, já reconhecia que não “há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.⁴⁰ Nem as normas ditas autoaplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não autoaplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia ainda que relativa e reduzida.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, “porque todas são, de modo unívoco, *constitucionalmente* cogentes em relação a seus destinatários”, como assinala De Simone,⁴¹ também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que “não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos...

incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente”.⁴²

18. A teoria clássica norte-americana, ademais, não destacava, como acentua a crítica, a importância das chamadas normas programáticas que revelam o novo caráter das constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão ordenada e científica de seus variados efeitos jurídicos, assim como das demais normas de princípios constantes das cartas políticas do mundo atual, que consagram novos valores e reclamam a realização de outros ideais na vida política e social, perseguindo a concretização do bem comum.⁴³

Disso tudo defluía [como notou Meirelles Teixeira] a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria, aproveitando-se, sem dúvida, muito do ensinamento da clássica teoria das normas *autoaplicáveis* e *não autoaplicáveis*, dando-lhe, porém, formulação mais adequada àqueles novos conteúdos das constituições contemporâneas, mais voltadas para a efetivação de valores sociais.⁴⁴

19. Essa reelaboração principiou pela doutrina italiana. De fato, a partir de decisões judiciais sobre a eficácia e aplicabilidade de certas normas da Constituição de seu país, os autores italianos concentraram-se na análise científica do tema, empenhando-se em largos dissídios doutrinários desde os pontos de vista mais extremados até alcançar uma orientação, ainda não satisfatória, mas já capaz de produzir resultados alentadores, mormente porque salientam a grande importância das chamadas normas programáticas na ordenação jurídica, em que se inserem.⁴⁵

Dessas decisões surgiram duas afirmativas, que encontraram eco em parte da doutrina, mas geraram penetrante crítica, também. A primeira consistiu na classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia, em *preceptivas* e *diretivas*, semelhante àquela distinção das normas em *mandatórias* e *diretórias* da doutrina norte-americana, já ultrapassada. A segunda se refere à distinção das normas constitucionais em *programáticas* e de *natureza jurídica*, o que equivale, conseqüentemente, a negar juridicidade às primeiras. A maioria dos autores, porém, teceu severas críticas a essa teoria, e seria mesmo de estranhar houvesse, numa constituição rígida, instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade, normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de serem inscritas nela, atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo.⁴⁶ Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza a recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutro lugar. Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente dirigentes.

20. Enfim, com todas essas discordâncias⁴⁷ e posições insustentáveis, a jurisprudência e a doutrina italiana formularam uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade, que, assim, se apresenta: (a) normas *diretivas*, ou *programáticas*, dirigidas essencialmente ao legislador; (b) normas *preceptivas, obrigatórias*, de aplicabilidade imediata; (c) normas *preceptivas, obrigatórias*, mas não de aplicabilidade imediata.⁴⁸

As *normas diretivas* não contêm qualquer preceito concreto, mas dão somente diretivas ao legislador futuro, e não excluem, de modo absoluto, a possibilidade de que sejam emanadas leis não conformes com elas, e menos ainda atingem, de qualquer maneira, as leis preexistentes. As *normas preceptivas de aplicabilidade imediata* contêm comandos jurídicos de aplicação *direta e imediata*, invalidam qualquer lei nova discordante, e modificam ou ab-rogam as anteriores que, com elas, contrastem. As *normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas não imediata*, porque requerem outras normas jurídicas integrativas, invalidam também novas leis infringentes, mas, enquanto a sua aplicação permanecer suspensa, não atingirão a eficácia das leis anteriores.⁴⁹

Essa classificação e sua terminologia são falsas e inaceitáveis pela própria improcedência das premissas em que assentam, pois fundamentam-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas, que já criticamos. Normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas.⁵⁰ Em sentido geral, já demonstramos, com base na melhor doutrina, que todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Mostraremos, ainda, que as chamadas normas programáticas, tidas pela doutrina *supra*, como diretivas e ineficazes, exercem relevante função na ordenação jurídica do país, e têm efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só aos legisladores, como não raro se afirma.

21. É preciso, portanto, dar um passo a mais na caracterização das normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia jurídica, que constitui a base de sua aplicabilidade. É o que tentaremos resumir no parágrafo seguinte, depois de indicar a insuficiência de outra posição doutrinária, para, nas páginas ulteriores, oferecer uma síntese, que servirá, a um tempo, de análise demonstrativa e de sustentação científica.

6. A tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade

22. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem, e na nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: (a) *normas constitucionais de eficácia plena*, que seriam aquelas de imediata aplicação; (b) *normas constitucionais de eficácia limitada*, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) *normas de legislação*, e 2) *normas programáticas*.⁵¹

Essa classificação considera as normas referentes aos direitos e garantias individuais como *de legislação*, quando mencionam uma legislação futura que regulamente seus limites.

23. Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias:

I – *normas constitucionais de eficácia plena*;

II – *normas constitucionais de eficácia contida*;

III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objetos de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

25. É fácil observar, pela simples leitura das constituições contemporâneas, que as normas de eficácia limitada apresentam categorias distintas. Basta um exemplo extraído de nossa Constituição, comparando-se duas de suas disposições: (a) *A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios* (art. 33), ou *A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios* (art. 88), ou ainda *A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República* (art. 90, § 2º) e *A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional* (art. 91, § 2º), trata-se, como desde logo se vê, de prescrições constitucionais de eficácia limitada, pois não regulam direta e imediatamente a matéria referente às entidades e aos órgãos mencionados; o constituinte preferiu incumbir dessa tarefa o legislador ordinário (*a lei indicará..., regulará..., a lei disporá...*); (b) *A saúde é direito de todos e dever do Estado* (art. 196) ou *É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um* (art. 217), “dever do Estado”, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais e devem ser atendidos; sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de sua atuação prática. Aquelas dependem de legislação (*a lei disporá... regulará etc.*), o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei, estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.

Baseada nessas circunstâncias, a doutrina, como já indicamos, estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos: (a) *normas programáticas*, como as dos arts. 196 e 217 citados, que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.); e (b) *normas de legislação*, como aquela primeiramente apresentada, que não têm conteúdo *ético-social*, mas se inserem na parte organizativa da Constituição.⁵²

26. Reconhecemos a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o fenômeno que está nos preocupando. Todas as normas de eficácia reduzida, no entanto, limitam-se a positivizar *princípios ou esquemas* sobre a matéria objeto da cogitação do constituinte, o qual deixa, ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo, sua concreção normativa, refiram-se ou não a uma legislação futura. A diferença é que umas declaram princípios regulativos ou institutivos e outras princípios programáticos. Por outro lado, o critério da legislação futura é falho porque há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais. Exemplo: “*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*” (art. 37, I). Em casos como esse, o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que dependem de legislação. Esta, em consequência, servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo que se poderá admitir, como já admitimos, a *classe das normas de eficácia contida*, isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.). Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma será de aplicabilidade imediata e expansiva.

27. À vista do que acaba de ser exposto, cremos que já é possível apresentar uma classificação mais aproximada da realidade constitucional de nossos dias, conforme o seguinte esquema:

Normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade

- (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.⁵³

28. Essa classificação foi bem recebida pela doutrina e pelos tribunais. Apesar disso, alguns doutrinadores a criticaram, sem levar em conta que, desde a primeira edição de meu livro, observei:

“Não é fácil determinar um critério, para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Constitui mesmo, esse, um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande importância prática”⁵⁴

29. Um dos critérios de distinção adotado foi a do exame *caso por caso* para se saber que efeitos as normas possam e devam produzir. Essa solução empírica provoca insegurança nas relações jurídicas constitucionais, pois deixa especialmente os governados ao desabrigo da certeza do direito que deve ser um dos valores-meios básicos do direito constitucional. Foi ela acerbamente criticada pela doutrina italiana,⁵⁵ sem embargo de ter encontrado apoio em alguns autores.⁵⁶ Outros apoiaram a distinção na diferenciação entre *constituição formal* e *constituição efetiva*. Quando as normas da *constituição formal* coincidem com as da *constituição efetiva*, dizem-se preceptivas (de eficácia plena, de acordo com nossa terminologia); se não houver tal coincidência, são diretivas (de eficácia limitada, programáticas), e servem para indicar ao legislador a necessidade de manifestar a vontade do Estado, emitindo uma lei.⁵⁷ Trata-se de uma tese perigosa, especialmente pelas

premissas em que se fundamenta. Demais, a assertiva de que as normas de constituição formal só são eficazes (preceptivas) quando coincidem com a constituição efetiva, deixa em aberto uma grave questão, qual seja: a quem cabe aferir essa coincidência, o órgão legislativo, o executivo ou o judiciário? Qualquer que seja, porém, a resposta, ainda permaneceria um problema: que validade tem o ato constituinte? O poder constituinte, então, não cria nada? Parece-nos, também, frustrada a tentativa de basear-se a distinção, entre normas constitucionais de eficácia plena e as de eficácia limitada, na natureza dos destinatários dessas normas, afirmando-se que as primeiras têm como destinatários todos os sujeitos da ordem jurídica estatal em geral, enquanto as outras se dirigem direta e unicamente ao legislador, em relação ao qual são obrigatórias. O critério é falso, por assentar-se numa premissa não definida, desde que é muito controvertida a questão dos destinatários das normas jurídicas. Nem mesmo se sabe, ao certo, o que se deva entender por *destinatários* das normas jurídicas.

7. Normas constitucionais de eficácia plena

30. Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

Alguns exemplos extraídos aqui e ali, da Constituição Federal, ilustram essa ideia geral sobre as normas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata:

- (1) “A República Federativa do Brasil [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1º);⁵⁸
- (2) “É vedada a cassação dos direitos políticos” (art. 15), “É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (art. 17, § 4º);
- (3) “A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (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” (art. 28);
- (4) “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (art. 44);
- (5) “Cada legislatura durará quatro anos” (art. 44, parágrafo único);
- (6) “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45);
- (7) “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores com mandato de oito anos” (art. 46, § 1º);
- (8) “A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem” (art. 60, § 3º);
- (9) “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (art. 76);
- (10) “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º);
- (11) “O casamento será civil e gratuita a sua celebração” (art. 226, § 1º).

Convém observar que, muitas vezes, uma norma insulada não se apresenta com o caráter peremptório de sua eficácia plena, mas, se a compreendermos dentro do conjunto de disposições reguladoras de um determinado instituto, veremos que ela se integra do caráter pleno necessário à sua aplicabilidade imediata. Outras vezes, isoladamente dá ela a impressão de eficácia muito mais ampla do que realmente tem, como é o caso da vedação de equiparação e vinculação prevista no art. 37, XIII, e a de que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, pois outras normas há na Constituição que restringem o âmbito de incidência dessas normas ou pelo menos abrem exceções à sua incidência.

31. Em suma, como já acenamos anteriormente, são 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 completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentem suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

32. Em síntese, as normas de eficácia plena são aquelas que estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo *aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.*⁵⁹ Incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais, para essa aplicabilidade, são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

8. Normas constitucionais de eficácia contida

33. Têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias. Muitas dessas normas fazem menção a uma legislação futura, motivo por que alguns as incluem entre as normas

de eficácia limitada. Trata-se, a nosso ver, de equívoco manifesto. Porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. O contrário é que se verifica, conforme mostraremos daqui a pouco, pois, com relação a elas, a legislação futura, antes de completá-las a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico. Acresce ainda que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição, que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como *ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente* etc., que, com a lei prevista ou a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam em limitação da eficácia de normas geradoras de situações subjetivas ativas ou de vantagem.⁶⁰

Isso implica o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo como se dá com as de eficácia limitada.

34. Autores há que sugerem *normas de eficácia “contível”*, em lugar de *normas de eficácia “contida”*, porque elas contêm a possibilidade de ser contidas e o “contível” é que exprimiria essa potencialidade, enquanto o “contida”, passado, revelaria já o efeito da contenção. Outros preferem falar em norma *restringível*, passível de restrição. O fato importante, contudo, é que se reconhece o fenômeno que queríamos apontar. Mais profunda é a crítica do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando declara que a distinção entre “normas de eficácia plena” e “normas de eficácia contida” não separa duas espécies de normas quanto à eficácia, mas duas subespécies de normas em que está presente a plenitude da eficácia. Rigorosamente, a lição de José Afonso da Silva levaria, dentro da lógica, a distinguir duas espécies de normas quanto à eficácia e à aplicabilidade: as *normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência*, e as *normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida*. E a subdivisão das primeiras em: *normas plenamente eficazes propriamente ditas* (as que ao ver de José Afonso da Silva não poderiam ter o seu alcance restringido pelo legislador) e as *normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata mas restringível* pelo legislador.⁶¹ É observação que não muda a essência das coisas, pois o essencial é que se reconhece a existência da diferença entre ambas, seja como gêneros diversos, seja como espécies do mesmo gênero; nem a lógica formal aplicada pelo ilustre professor melhora muito, pois, para estremar uma das espécies da outra, ele teve de utilizar a expressão “normas plenamente eficazes *propriamente ditas*”, o que significa que, se são “propriamente ditas”, é porque essa espécie representa a natureza essencial do gênero, enquanto a outra que não é “propriamente dita” é algo de essência diversa.

35. A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

I – são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos;

II – enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena, nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva;

III – são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;

IV – algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (*bons costumes, ordem pública* etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia;

V – sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).

36. Sem necessidade de pesquisa mais aprofundada, descobriremos na Constituição Federal a ocorrência das normas de *eficácia contida* especialmente entre aquelas que instituem direitos e garantias individuais, mas também elas vão despontando em outros contextos. Ofereceremos alguns exemplos em seguida.

Legislação restritiva. Art. 5º, VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*”. Confirma-se, nesse inciso, a liberdade de crença assegurada no inc. VI do mesmo artigo e de convicção filosófica ou política, que encontra fundamento no inc. IV e no art. 220, § 2º, como formas de manifestação de pensamento. Nessa parte, a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, mas essa eficácia pode ser *contida (restringida)*, em relação àquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos e se recusar a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*.

Outro exemplo é a regra da primeira parte do art. 37, I, com a redação da EC-19/98, que dispõe: “Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros *que preencherem os requisitos estabelecidos em lei*, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. A própria Constituição prevê alguns requisitos, como aprovação em concurso público, o que, antes de constituir uma restrição, na verdade, é uma garantia de oportunidade para todos. No direito administrativo brasileiro, há leis que dispõem sobre os requisitos para concorrer aos cargos, empregos e funções públicas conforme autoriza o texto constitucional em tela. Mas, supondo que determinado Município não tenha lei própria, que estabeleça requisitos de acessibilidade aos cargos públicos municipais, isso não impede a aplicabilidade daquela garantia constitucional funcional, pois a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata. A lei prevista na primeira parte do inciso questionado não tem por objeto dar-lhe aplicabilidade, que ele já possui por si, mas objetiva o estabelecimento de restrições à sua eficácia.

Ordem pública e bons costumes. Demos exemplos de normas de eficácia contida mediante lei. Vamos examinar, agora, outras, cuja eficácia sofre restrições por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social.

Um exemplo expressivo tínhamos no art. 153, § 5º, da Constituição de 1969, que declarava que era plena a liberdade de consciência e ficava assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, *que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes*. Embora a Constituição de 1988 não tenha reproduzido um texto com o mesmo teor, vale a pena discutir a questão, não só porque ilustra a nossa tese, mas especialmente porque se pode indagar se esses conceitos éticos juridicizados não perduram no ordenamento constitucional vigente. Certamente, podemos adiantar que os de ordem pública e paz social o permeiam ainda, como fundamento expresso do poder de polícia e de outras formas de limitação de direitos.⁶²

Assim colocado o problema da ordem pública, cuidemos de outro conceito, que o art. 153, § 5º, da Constituição de 1969 trazia como limite à

eficácia forma norma definidora da liberdade religiosa e de culto: *os bons costumes*. Aquela Constituição, assim, não admitia a possibilidade de cultos religiosos contrários aos *bons costumes*.

A expressão *bons costumes* é daquelas que aparecem no direito com o objetivo de justificar a atuação da competência discricionária do poder público. Seu conceito é difícil de fixar objetivamente. A evolução social sempre importa na mudança da tábua de valores, com a transformação de hábitos e atitudes que, num momento, podem contrariar os *bons costumes* e, em outro momento, já se tornam perfeitamente compatíveis com ele. Barile define o *bom costume* “como aquele complexo de regras que a opinião pública reconhece válidas num dado momento histórico em relação à proteção contra a obscenidade e contra as ofensas à decência pública”.⁶³ Excluiu o equívoco conceito da *moralidade média*, que figurava nessa definição, em outra obra sua,⁶⁴ isso porque um conceito de “moralidade média”, segundo afirma, é estranho à função do Estado democrático, que não é “Estado ético”, mas um Estado que deixa a moral à consciência dos indivíduos e se limita a tutelá-la sob o prisma exclusivo da convivência pacífica e, pois, no caso em exame, sob o prisma da obscenidade da decência pública.⁶⁵ Aceitamos a doutrina do autor, com a observação de que a Constituição de 1988 não traz explicitamente aquela expressão, mas a ideia de *bons costumes* como *ordem moral* é subjacente ao ordenamento jurídico.⁶⁶ 8. *Necessidade ou utilidade pública, interesse social ou econômico, perigo público iminente* são outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles, o poder público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados especialmente em relação ao direito de propriedade.

O inc. XXII do art. 5º garante o direito de propriedade, mas os incs. XXIV e XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por *necessidade ou utilidade pública ou por interesse social*, bem como o seu uso pela autoridade competente no caso de *perigo público iminente*.

Segurança pública, segurança nacional e integridade nacional. A *segurança pública* é outro conceito de que se serve o poder de polícia, com o escopo de “acertar a conduta dos indivíduos com vista à observância dos limites impostos pela lei à sua liberdade”.⁶⁷ A Constituição italiana, em vários dispositivos, faz expressa menção à segurança pública, como limite às situações subjetivas de vantagem,⁶⁸ a nossa não é tão explícita, mas o conceito consta do art. 144, como fundamento do poder de polícia, que é, como se sabe, um poder de limites a direitos individuais.

Outro conceito correlato com aqueles é o de *integridade nacional*. Com base nele, a União pode intervir nos Estados (art. 34, I), derogando as normas consagradoras da autonomia estadual, que ocorre no caso de um Estado ou parte dele pretender desligar-se da Federação, quer para constituir-se em país independente, quer para integrar-se noutro país. Integridade nacional, portanto, é noção correspondente à integridade do território nacional. Não fere a integridade nacional o fato de governador e povo de um Estado se oporem politicamente ao governo da União. Tal fato não justifica nem a intervenção no Estado nem medidas especiais no caso de estado de sítio ou estado de defesa.

37. As normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias ou são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem.⁶⁹

38. *Normas de eficácia contida*, portanto, 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 que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. São normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma norma posterior, mas fica dependente dos limites (daí eficácia contida) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

9. Normas constitucionais de eficácia limitada

39. Aqui temos um campo de larga controvérsia. Por isso, desde a primeira edição de minha monografia sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, preocupei-me com o problema terminológico:

“O problema da linguagem constitui o grande drama da metodologia jurídica. A busca do termo próprio, a especificação do sentido em que uma palavra está sendo empregada, são tarefas que se colocam como preliminares, especialmente para o publicista, a quem não fica mal possuir a neurose do termo certo, da precisão técnica, mas não ao ponto de perder de vista a lição de Galizia segundo a qual ‘o jurista, operando com enunciações linguísticas, deve formular uma linguagem científica, que, procurando adequar-se a uma maior exatidão e especificidade, tenda, contemporaneamente, a apartar-se, o menos possível, da linguagem comum’”.⁷⁰

“Não raro, porém, acontece que o publicista rebusca os escaninhos da rica língua portuguesa e não depara uma expressão adequada para exprimir o objeto que tem em mente. Dança ele, então, na terminologia imprecisa, e acaba cunhando uma própria, tomado ainda da dúvida sobre se expressa com precisão o conceito pretendido. Foi assim que preferimos denominar *normas constitucionais de princípio* aquelas em que se subdividem as *normas constitucionais de eficácia limitada*, ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”.⁷¹

40. São de dois tipos: a) as *definidoras de princípio institutivo ou organizativo*, que, por brevidade, chamaremos de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as *definidoras de princípio programático*, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático.

9.1. Normas constitucionais de princípio institutivo

41. Tais normas são de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta, porque dependentes de legislação. São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são,

todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.

Para distingui-las das normas ditas programáticas, preferimos designá-las como *normas de princípio institutivo*, porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo que também poderiam chamar-se *normas de princípio orgânico ou organizativo*. Não é perfeita a denominação, reconhecemos, mas qualquer outra seria ainda mais deficiente.

42. A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Umas deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, como a do § 2º do art. 18 da Constituição, segundo o qual *a criação de Território, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulamentadas em lei complementar*; outras já indicam o conteúdo da lei, como a do § 2º do art. 90: “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República” (igual disposição consta do § 2º do art. 91 para o Conselho de Defesa Nacional); ou a do art. 113. Outras deixam para o legislador ordinário (ou complementar) apenas aspectos secundários, como é o caso do art. 161.

43. São, pois, *normas constitucionais de princípio institutivo 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*.

44. O Eminentíssimo Juiz Federal George Marmelstein Lima faz crítica genérica a esta classificação, observando que aí está o grande “pecado” de minha teoria. Que elas teriam apenas “eficácia negativa”. O crítico não fez distinção entre as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.⁷² Quanto às de princípio institutivo, sempre dissemos serem aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa.⁷³

9.2. Normas constitucionais de princípio programático

9.2.1. Conceito

45. Sua problemática começa com as dificuldades em se lhes dar um conceito preciso. Para Pontes de Miranda: “regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função”.⁷⁴ Este acréscimo final é de suma importância para compreender a posição do autor, que o conceito apresentado, em si, não revela; ao contrário, sente-se nele a influência da doutrina das *normas diretórias* dos americanos ou das *normas diretivas* dos italianos, cuja procedência já refutamos.

Crisafulli, que estudou as normas programáticas em sucessivos ensaios,⁷⁵ foi, paulatinamente, decantando-lhes o conceito, com base na Constituição italiana. Para ele, inicialmente, elas constituíam um verdadeiro programa de ação (e, antes de tudo, de legislação): “um programa tendo como objeto principal a disciplina das relações sociais, e, mais em geral, da ordenação da sociedade estatal, ou seja, do Estado em sentido amplo, segundo princípios democraticamente avançados e realistas, em coerência com a definição do art. 1º, pelo qual a República italiana é fundada sobre o trabalho”.⁷⁶ Programáticas — define em outro lugar — são “aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades”.⁷⁷ Finalmente:

“Normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados”.⁷⁸

Distingue ele as normas programáticas em dois grupos: a) normas programáticas *de simples escopo*, que prescrevem aos órgãos estatais certo fim mais ou menos específico a alcançar, cabendo aos próprios órgãos a liberdade de adotar os meios que julgarem mais idôneos nesse sentido; b) normas programáticas que, *ao prescreverem o fim a atingir indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso*, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa.⁷⁹ Vincula as normas programáticas à disciplina das relações econômico-sociais e ético-sociais.⁸⁰

46. Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, podemos conceber como *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 à realização dos fins sociais do Estado*.⁸¹

47. São normas que contêm, além de princípios esquemáticos para atuação governamental futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica. Donde deflui que elas, consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estão na base mesma do regime político, compreendido este como um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica.⁸² A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma *eficácia interpretativa* que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei.

Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências socioculturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente. Ora, conjugada essa ideia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches⁸³ vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles *critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição*, como todo intérprete e aplicador do direito objetivo.

48. Sempre tive o cuidado de observar que meus estudos sobre a aplicabilidade das normas constitucionais partiam da premissa básica de que *não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, todas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente a entrar em vigor da constituição a que*

aderem e a nova ordenação instaurada.⁸⁴

Mantive a terminologia de *normas programáticas* com muita cautela e por não encontrar um termo mais adequado. Hoje até se poderia substituí-la por *normas dirigentes*, desde que se desse a essa expressão conceituação adequada, porque também ela é vaga. Celso Antônio Bandeira de Mello sugere: “c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida”⁸⁵ Dalmo Dallari, criticando o emprego que fiz das normas programáticas, numa aula magna na TV Justiça, falou em *direitos de realização futura*, o que, convenhamos, no fundo, não muda muito. Deve ser a propósito das normas de princípio programática que George Marmelstein Lima disse que minha teoria as tem apenas como de “eficácia negativa”. Na verdade, minha discussão sobre ela vai muito além disso. Não é o caso aqui de repisar o problema.⁸⁶

49. Reconhecemos que a concepção das normas programáticas ficou muito comprometida com a doutrina, segundo a qual elas seriam definidoras de simples intenção, ou era de caráter puramente moral, de conselho, e, para alguns, nem eram normas jurídicas. Essa concepção foi radicalmente compatida na minha monografia que procurou dar-lhe configuração precisa de regras de direito, assim como ressaltar sua relevância na ordem jurídica. Minha concepção, talvez, merecesse uma revisão no que tange àquelas normas que chamei de programáticas *vinculadas ao princípio da legalidade*, casos em que, para Luís Roberto Barroso, não há normas programáticas, porque “a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que preveem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir”.⁸⁷ Embora em princípio me pareça uma posição sustentável, não a adotei ainda, nem o farei aqui, porque a questão demanda estudos mais aprofundados que ainda não tive condições de fazer. Deixo, no entanto, aí a opinião do ilustre constitucionalista que traz uma contribuição importante ao tema.

9.2.2. Localização das normas programáticas

50. A relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas. Três razões, pelo menos, destacam essa relevância. Uma é que ainda se ouve em relação à Constituição de 1988 que ela está repleta de normas de intenção, como se não fossem jurídicas e imperativas.⁸⁸ Outra é que tais normas traduzem os elementos socioideológicos da constituição, onde se acham os direitos sociais, tomada, aqui, a expressão *direitos sociais* num sentido abrangente também dos *econômicos e culturais*. Uma terceira razão, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica.

51. Elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Na monografia, que estamos aqui sintetizando, sempre firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu *caráter imperativo* e seu caráter vinculativo.⁸⁹ Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do País.

Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas. Contudo, talvez ela ainda se ressentisse de certa dubiedade no que tange à aplicabilidade dessas disposições. Pois a afirmação, mesmo peremptória, do caráter jurídico e positivo dessas normas não basta para que surtam os efeitos que seu conteúdo geralmente requer. Restou, na nossa afirmativa de sua eficácia limitada e de sua aplicabilidade dependente de emissão de uma normatividade futura, a ideia de que *não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade*, concepção que as entende, na justa observação de Canotilho, “como *linhas programáticas* dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades”.⁹⁰ Essa é a linha que as constituições e a doutrina (alemã especialmente, com reflexo em Portugal) vêm tentando superar. Vale a pena expender algumas reflexões que esclareçam outros aspectos dessa nova visão que se vai tendo dessas normas.

9.2.3. Normas programáticas e direitos sociais

52. Nos nossos estudos sobre as normas programáticas sempre as entendemos vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais. É que há muito está superada a chamada “regulamentação da liberdade”, que pretendia que cada direito individual fosse organizado, isto é, que as condições e os limites de sua aplicabilidade fossem determinados por uma lei orgânica. Pois as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta.⁹¹ Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, no “curso do século XIX [como denota Biscaretti di Ruffia], a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita *subjetivação*), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua *positivação*)”.⁹²

Esse fenômeno de *subjetivação* e de *positivação* vem-se concretizando também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, como *elementos socioideológicos* que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito.

53. O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se de responder à seguinte questão, posta por Canotilho: “em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em *programa normativo* do Estado e da sociedade. Mais concretamente: Como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômico-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”⁹³

9.2.4. Normas programáticas e fins da ordem econômica e social

54. As normas programáticas, ou que nome tenham, são de grande importância, porque procuram dizer *para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,⁹⁴ tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a

realização de fins sociais, através da atuação de programas de ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*. Este é o fim que os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social. Não é fácil realizar a *justiça social* num sistema em que predomina a concentração da riqueza. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Traz mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.

55. As disposições constitucionais (arts. 170 e 193), segundo as quais as ordens econômica e social objetivam realizar a justiça social, são uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica e social sejam entendidas e operadas em função dela. É mais relevante essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece que a *justiça social* se erige em fator de legitimação constitucional.⁹⁵ A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem.

9.2.5. Normas programáticas e princípios constitucionais

56. Não se confundem *disposições programáticas e princípios constitucionais*. As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Canotilho e Vital Moreira] “núcleos de condensações nos quais confluem *valores e bens* constitucionais”.⁹⁶

57. O tema mereceu considerações esclarecedoras de Canotilho. Refere-se ele a dois tipos de princípios: a) os *princípios jurídicos fundamentais*; b) os *princípios políticos constitucionalmente conformadores*.⁹⁷ Recusa a ideia de que os *princípios jurídicos fundamentais* se reduzam a simples *princípios gerais de Direito* ou *regras jurídicas gerais* ou se inscrevam numa ordem jurídica suprapositiva (jusnaturalismo). Entende-os como direito positivo e fonte de Direito. Mas, quando fala em princípios jurídicos fundamentais como fonte de direito constitucional, refere-se “a *princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo”.⁹⁸

Por outro lado, os *princípios políticos constitucionalmente conformadores são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*, nos quais se condensam as opções políticas fundamentais e se reflete a ideologia inspiradora da constituição.⁹⁹ Entre elas, ele inclui as disposições caracterizadoras da organização econômica e social. Finaliza observando que, tal “como acontece em relação aos princípios jurídicos fundamentais, os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* são normas gerais que a própria constituição ou o legislador desdobram em normas mais precisas e individualizadoras. No entanto, como eles exprimem as concepções políticas fundamentais do poder constituinte, todos os órgãos do poder devem considerá-los como *princípios rectores e operantes* quer no momento da criação do Direito, quer no momento de sua aplicação”.¹⁰⁰

58. É de extrema importância ter em mente essas considerações, a fim de distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionalmente conformadores das ordens econômica e social. Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis.¹⁰¹ Assim, a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma *norma-fim*, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição. Os demais princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego – são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e hão que harmonizar-se em vista do *princípio-fim* que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna. Nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como *princípios-condição* da justiça social.

59. Informadas por esses princípios, existem as normas definidoras de direitos econômicos e sociais específicos. Delas, umas mencionam uma legislação futura, outras não indicam. As primeiras dependem da atividade do legislador e estão vinculadas ao princípio da legalidade; as outras ora são referidas aos Poderes Públicos ou aos agentes da ordem econômica e social em geral. Sua eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado e de sua conexão com outras normas. Mais adiante examinaremos a repercussão que tem o § 1º do art. 5º da Constituição sobre a aplicabilidade dos direitos sociais considerados direitos fundamentais. Por ora, basta dizer que quase todas aquelas normas pressupõem ou até exigem a emanção de outros atos, sobretudo legislativos, consoante nota Canotilho, que também lembra que daí não se pode concluir pela não preceptividade de tais normas.¹⁰² “A sua disciplina (acrescenta) é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros *convites* para legislar, assumem o carácter de verdadeiras *imposições constitucionais de actividade legiferante*”. Significa isso repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como *simples direitos legais*, tese que assenta fundamentadamente na concepção de que tais diretivas “não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável”, pois só “quando o legislador concretiza essas diretivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos”; logo “os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária”,¹⁰³ não no âmbito da própria norma constitucional programática.

60. A lição do citado autor é rica de consequências no aspecto considerado, quando, refutando a tese, sustenta que “a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em ‘simples direitos legais’, pois que *são direitos originários a prestações* fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei”; “os direitos subjectivos a prestações [prossegue], mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados embora não judicialmente, diz ele contra as omissões inconstitucionais do legislador. *A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar*

originalmente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador”.¹⁰⁴

61. Por isso, o autor pôde dizer com tranquilidade que “a *força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos Poderes Públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)”.¹⁰⁵

Só temos que observar que, ao contrário do que afirma Canotilho, nossa Constituição fundamenta até mesmo a invocação judicial contra as omissões inconstitucionais do legislador, pelo texto do § 1º do art. 5º e pelo mandado de injunção.

9.2.6. Normas programáticas no sistema constitucional brasileiro

62. Essas normas, como temos dito, revelam um *compromisso* entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Poder-se-ia dizer que as declarações dos direitos fundamentais do homem, do século XVIII, postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, enquanto as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social*, que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.

Nossas Constituições não ficaram alheias a esse movimento, desde 1934 sob a influência da Constituição de Weimar de 1919. As Constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1969 seguiram, mais ou menos, a Constituição de 1934, nesse assunto. A atual deu um largo passo no sentido da democracia social. A Constituição vigente, contudo, revela-se, do ponto de vista dos fins sociais do Estado, mais progressista do que as anteriores.

63. Com essas observações, já é possível indicar as normas de princípio programático da Constituição de 1988, notando-se que, embora elas se concentrem nos Títulos VII e VIII, delas temos exemplos em outros lugares, muitas vezes aparecendo de emaranhado com regras de eficácia plena ou com aquelas de princípios institutivos. Merece ainda repetir o que já dissemos em outro passo: *há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam.*¹⁰⁶ Isso tem importância, porque vincula os programas das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade — ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público —, e abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento, e há as que postulam observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente.

64. Visto isso, podemos indicar, exemplificativamente, as normas programáticas da Constituição, segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, em três categorias:

I – *Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade*: a) (art. 7º, XI); como a lei já existe, pode-se afirmar que a norma deixou de ser programática, concretizando-se; b) “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, *nos termos da lei*” (art. 7º, XX); nesse caso, o objeto do programa a ser fixado pela lei é tão genérico e abstrato, que não se abre sequer legitimidade específica para uma possível impetração do mandado de injunção, já que fica difícil estabelecer o direito subjetivo direto de alguém; c) “proteção em face de automação, *na forma da lei*” (art. 7º, XXVII); a lei é que tem que procurar a forma de proteção; aqui, a norma já aponta um beneficiário mais direto: os trabalhadores, destinatários da proteção prometida; a programaticidade da norma é clara, enquanto a lei é que tem que criar programas específicos para proteger os trabalhadores em face da automação; d) “A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais” (art. 216, § 3º); e) A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho” (art. 218, § 4º); etc. Cumpre apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática, como se deu com a norma do art. 7º, XI: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, *conforme definido em lei*”, e com a norma do art. 173, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º); aqui, a lei até criou um mecanismo para sua aplicação da norma (o CADE). Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece.

II – *Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos*, notando-se que umas vinculam só os Poderes da União, enquanto outras incluem também os órgãos estaduais e municipais: a) à “*União* — 1) à qual compete elaborar e executar planos nacionais e regionais de (...) desenvolvimento econômico e social” (art. 21, IX); convém esclarecer que, em parte pelo menos, essa matéria exige regulamentação legal (art. 48, IV); 2) “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (art. 184); é de notar que os §§ 1º a 5º são especificações do *caput*, e todos eles pretendem realizar, na economia, o princípio da justiça social, programada na cabeça do art. 170 e seus incisos; vale ainda consignar que os §§ 1º a 5º exigem tantas normas legais para sua aplicabilidade que acabam transformando a regra do *caput* do artigo em dependente de um verdadeiro emaranhado de legislação; e o programa aí previsto só vai saindo, a duras penas, por pressão de movimentos sociais, como o MST; mas aí é que está a relevância das normas programáticas, normas de sentido teleológico, porque apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas; 3) “A União (...) exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (art. 211, § 1º, com a redação da Emenda Constitucional 14/96); b) aos *Poderes Públicos em geral* — 1) “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215); 2) “O Estado protegerá as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º); nesses dois exemplos temos uma peremptoriedade da norma, que a coloca *in fieri* para a eficácia plena, a ponto de poder-se discutir se, apesar de um certo sentido de programa a realizar, não se acham, aí, traduzidos, se não direitos subjetivos, ao menos interesses legítimos que implicam, no mínimo, obrigações administrativas de aparelhar-se para executar a norma; 3) “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º); a mesma observação feita acima cabe aqui; talvez, aqui, até com maior razão, dada a enumeração de providências que devem ser tomadas para aplicar a norma; ocorre, ainda,

que algumas dessas providências já constam de lei (Decreto-lei 25/37), o que confere eficácia e aplicabilidade à norma; 4) “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um (...)” (art. 217); ¹⁰⁷ 5) “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218); mesma observação feita acima; 6) “O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho” (art. 218, § 3º); 7) “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226); assim também as disposições do § 8º desse mesmo artigo e do § 1º do art. 227. Percebe-se nessas hipóteses o quanto essas normas vão deixando a programaticidade para se transformarem em normas de eficácia plena.

III – *Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral:* a) “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)” (art. 170); mais adiante desenvolveremos discussão sobre esse tema; b) “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193). Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma. No tópico seguinte (9.2.7) faremos, ainda, uma rápida discussão sobre o tema, com alguma distinção para melhor compreensão da natureza dessas prestações positivas.

65. Convém notar que a separação que acabamos de fazer tem validade puramente genérica, porque como normas jurídicas, as programáticas devem ser observadas, nos limites de sua eficácia, por todos, mesmo porque elas traduzem, em maior ou menor grau, limitações aos Poderes Públicos como também às autonomias privadas.

66. A exemplificação apresentada, embora um pouco extensa, permite-nos, agora, delinear as características básicas das normas de princípio programático:

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; repressão ao abuso do poder 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, como teremos oportunidade de mostrar.

9.2.7. Natureza dos direitos sociais

67. Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até “se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades” ¹⁰⁸

68. A Constituição seguiu essa doutrina, incluindo-os entre os direitos fundamentais no seu Título II. Não lhes tira essa natureza o fato de sua realização eventualmente depender de providências do Poder Público. Por isso, caracterizam-se como prestações positivas impostas as autoridades públicas pela Constituição (*imposições constitucionais*). É certo que, para tanto, a efetivação de muitos desses direitos depende do estabelecimento de instituições. É Canotilho que mais uma vez nos fornece a lição correta, mediante exemplo expressivo: “Quando se afirma que o direito à habitação é um direito do cidadão estamos a acentuar o caráter individual do direito; quando afirmamos que para assegurar o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização (...) estamos a salientar a dimensão institucional de um direito”. ¹⁰⁹ A partir daí, o autor chega, mesmo, a afirmar que esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado. ¹¹⁰

69. Em outra obra Canotilho exprime-se ainda com maior precisão, fazendo distinções que conduzem a um entendimento mais adequado das normas constitucionais com dimensão programática. Eis o seu texto: “O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”. ¹¹¹

9.2.8. Juridicidade

70. Não poucos autores negam juridicidade às normas constitucionais programáticas. Seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade. ¹¹² Del Vecchio, referindo-se a certas normas programáticas da Constituição italiana, diz que impõem dever propriamente moral, antes que jurídico. Assim o princípio do seu art. 40 – “A República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e favorece as condições que tornam esse direito efetivo” – não é (para o jusfilósofo peninsular) senão o enunciado solene de um programa político que deveria ser traduzido em lei, mas não engendra, por si, qualquer exigência juridicamente válida. ¹¹³

Essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. ¹¹⁴ Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado.

71. Sua juridicidade, contudo, deve ser afirmada só pelo fato de constarem de um texto constitucional, ¹¹⁵ sendo, pois, de repelir a pretensa injuridicidade de regras pertencentes a uma constituição, e especialmente a uma constituição rígida. Mesmo prescindindo (como ressalta Natoli) da secular disputa a respeito da imperatividade das normas jurídicas, “sempre se poderia observar que o preceito jurídico pode também articular-se (além de numa só) em uma série de disposições normativas, distintas e aparentemente autônomas, e apresentar-se, na sua

íntima essência, somente à luz de sua coordenação sistemática; e que, em todo caso, não é necessário que tal preceito tenha um conteúdo concreto, isto é, regule uma situação bem definida e específica, podendo, ao invés, aparecer como critério geral, de que deve ser informada a regulamentação concreta de toda uma série, *a priori, indefinida*”.¹¹⁶

Crisafulli, que dissecou sucessivamente a temática das normas programáticas, sustentou-lhes a juridicidade,¹¹⁷ argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão *preceptivas* como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição), no que respeita às leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.¹¹⁸

72. Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo – imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas sempre imperatividade. Por outro lado, esses comportamentos e comandos, delas resultantes, criam uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito.¹¹⁹

Entre nós, Pontes de Miranda e Alfredo Buzaid não vacilaram no reconhecer-lhes juridicidade e eficácia. O primeiro, em texto já citado, fala em regras jurídicas programáticas como algo que era político-partidário, programático, e entrou no sistema jurídico, cerceando-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado não podem ter outro programa.¹²⁰ O segundo é incisivo quando afirma ser errôneo pretender distinguir, numa constituição, cláusulas mandatárias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa.¹²¹

73. Em suma, cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também cada vez mais, sua característica de programas, a ponto, mesmo, de se procurar nova nomenclatura para defini-las, como, por exemplo, normas que expressam “apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra”.¹²² Não nos parece melhorar muito a terminologia. São *normas de princípio teleológico* porque apontam, em mero esquema, para um fim a ser atingido. Qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos, até porque as constituições cada vez mais lhes dão estrutura de normas de aplicação imediata.

9.2.9. Função e relevância

74. A assertiva de que as normas programáticas são tão jurídicas como outras não basta para realçar sua relevância e função.

Pontes de Miranda admite que elas procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado.¹²³ Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,¹²⁴ para quem “a Constituição, sob o plano histórico, aparece como a resultante de um acordo de respeito recíproco entre forças políticas diversas e, sob vários aspectos, contrastantes. E pode afirmar-se, com suficiente tranquilidade, que os momentos fundamentais de tal acordo são indicados precisamente nas normas programáticas, com as quais se determinam os fins e as linhas de desenvolvimento da nova ordem, caracterizando o tipo de regime, que lhe está na base e que ela consagra, ou seja, um regime misto, que se exprime através das constituições convencionais, nas quais estão presentes forças políticas contrapostas”.¹²⁵

75. Se o regime, que é a essência da ordem jurídica, “se qualifica como um regime de democracia, pelo menos tendencialmente substancial [afirma Natoli], enquanto persegue a eliminação do privilégio econômico e a instauração de condições, em que se consente a participação na formação da direção política geral também de todos aqueles que, de fato, eram excluídos no sistema tradicional; e que as normas programáticas se coordenam (enquanto tais, com função tipicamente instrumental) para esse fim fundamental; é, outrossim, verdade que os princípios expressos em tais normas projetam a sua relevância bem para além dos limites da matéria específica, para as quais as próprias normas são ditadas, e investem toda a ordenação jurídica. Isso mesmo significa, ainda, que a sua relevância não pode ser excluída ou suspensa pela falta da prevista legislação ulterior de atuação, mas que ela se explica, por ora, num sentido todo particular – que, de resto, se pode conceber como próprio de todos os princípios gerais, salvo o destaque de que, aqui, deriva de serem princípios de ordem constitucional – e que pode aparecer, como se verá, prevalentemente negativo”.¹²⁶

9.2.10. Normas programáticas e regime político

76. As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.

77. São normas que contêm também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, de onde deflui que elas, consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estão na base mesma do regime político, compreendido este como um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica.¹²⁷

9.2.11. Normas programáticas e interpretação do Direito

78. A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma *eficácia interpretativa* que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei.

79. A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências socioculturais da comunidade, e fundamenta-se nos “cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica

vigente”¹²⁸. Recaséns Siches coloca magistralmente esses novos fundamentos da interpretação do Direito quando diz que, “na função judicial, se produzem valorações ou estimativas”. “Isso [prossegue ele] não quer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes, sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva, e trata de interpretar esses cânones estabelecidos pela ordem vigente, pondo-os em relação com as situações concretas de fato que se lhe antolham. Inclusive naqueles casos que apresentam uma especial dificuldade e muita complicação, o que o juiz faz ordinariamente, e isto é o que deve fazer, consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva, e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição”¹²⁹.

80. Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências socioculturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente.

81. Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5^o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*. Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrante da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição.

9.2.12. Normas programáticas e constitucionalidade das leis

82. Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime Balladore Pallieri, que conclui: “Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constringer, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás”¹³⁰.

83. Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados. Pontes de Miranda é preciso sobre o assunto, prelecionando que: “a legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função”;¹³¹ e, mais adiante, reafirma que elas cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter *outro programa*.¹³²

É que as normas programáticas se resolvem, *prima facie*, num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto.¹³³ “Em ambas as hipóteses [sustenta Crisafulli] não há dúvida de que a inobservância das normas constitucionais programáticas por parte do órgão legislativo será motivo de invalidade, total ou parcial, do ato de exercício de seu poder, ou seja, da lei deliberada de modo contrário ou diverso de quanto disposto na constituição. Analogicamente, deve dizer-se, de resto, também nos casos de normas facultativas, quando não tenham sido respeitados os limites e as condições estabelecidos pelas próprias normas”¹³⁴.

84. Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7^o, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Esta última parte do dispositivo é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: *melhoria da condição social do trabalhador*. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores, o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto — melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz, sendo de notar que este também goza de discricionariedade no determinar o conteúdo finalístico daquela regra programática, já que a Constituição não deu o sentido do que se deva entender por melhoria da condição social do trabalhador. O juiz a isso poderá chegar mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna.

85. Mas há normas constitucionais programáticas que já indicam certos critérios a serem seguidos pelo legislador. Assim, por exemplo, o art. 170 da Constituição diz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, mas adiciona certos princípios que entende básicos para se alcançar o fim proposto, ou seja: “I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Qualquer lei que atente contra algum desses princípios deve ser declarada inconstitucional. Aqui, também, o julgamento de valor do juiz lhe deixa terreno amplo para o exercício de uma função interpretativa criadora, porque a Constituição não dá o conceito de valorização do trabalho humano, nem de existência digna, nem de ditames da justiça social, limitando-se a indicar certos princípios a serem observados, mas não bem definidos. Tais conceitos o juiz os encontrará nas ciências sociais e éticas e, ainda, nas valorações e convicções sociais vigentes, lembradas por Recaséns Siches.¹³⁵

86. Por conseguinte, todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que “o Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos”¹³⁶.

9.2.13. Normas programáticas e leis anteriores incompatíveis

87. Grave debate travou-se na doutrina italiana a respeito das relações entre as normas constitucionais programáticas e as leis anteriores à constituição. O problema, lá, tomou-se agudo, visto que vigia, antes, uma ordem jurídica fascista, impregnada de normas despóticas, que, de pronto, se revelaram incompatíveis com a ordem instaurada pela Constituição de 1^o de janeiro de 1948.

88. Alguns julgados da própria Corte Suprema do país, negando eficácia jurídica a certas normas tidas por ela como programáticas, firmaram a tese de que tais normas não invalidavam leis ordinárias preexistentes, ainda que incompatíveis. Essas leis somente perderiam a eficácia quando fossem revogadas pelas leis integrativas das disposições constitucionais.¹³⁷

Vários autores contestaram essa doutrina. No dissídio, uma questão preliminar foi logo colocada: a de saber se, no caso, *haveria revogação ou seria também uma hipótese de inconstitucionalidade da lei precedente.*

89. A discussão da preliminar não é acadêmica, como, à primeira vista, pode parecer.¹³⁸ Tem consequências práticas interessantes. Na Itália a questão se resolvia ainda num problema de determinação da competência jurisdicional para pronunciar a invalidade da lei preexistente incompatível. Se se decidisse pela *revogação*, o caso seria da competência da Magistratura comum; se se tratasse de inconstitucionalidade, competente seria a Corte Constitucional, nos termos do art. 136 da Constituição. Esse aspecto não tem importância no sistema brasileiro, onde qualquer juiz é competente tanto para reconhecer da revogação como para declarar a inconstitucionalidade da lei.

90. Postos esses princípios, bem se compreende a diferença de efeitos conforme sejam as leis anteriores consideradas inconstitucionais ou revogadas. Castro Nunes sustentou que, no caso, se dá inconstitucionalidade, pois a Constituição não revoga leis, senão quando expressamente o faça.¹³⁹ Seu argumento básico é o de que “a teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível”.¹⁴⁰ Com esse fundamento, a revogação expressa, por ele admitida, seria, então, uma excrescência constitucional.

Lúcio Bittencourt discordou daquela posição, sustentando uma tese intermediária, que nos parece correta, vazada nos seguintes termos:

“A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude de conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade”.¹⁴¹

A tese vale para todas as normas constitucionais, sejam de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada, inclusive as programáticas. Nesse ponto, as normas programáticas revelam-se com eficácia tão plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade.

9.2.14. Condições gerais de aplicabilidade

91. Chegadas a este ponto, podemos indicar as condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.

Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende de medidas ulteriores (lei, atos executivos, políticas públicas etc.), integrando-lhe a eficácia para a execução dos interesses consignados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como o tombamento que visa ao amparo da cultura pelo Estado.

92. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo.

93. Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

- I – estabelecem um dever para o Poder Público e para o legislador ordinário, em especial;
- II – condicionam a legislação futura, com a consequência 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 – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.

Queremos acrescentar, enfim, que as consubstanciadoras dos direitos trabalhistas e os direitos previdenciários, constantes da Constituição de 1988, não são programáticas, porque já receberam os instrumentos legais de sua aplicação concreta.

10. Instrumentos da eficácia constitucional

94. *Questão de ordem*. A Constituição de 1988 preocupou-se com sua eficácia e aplicabilidade; para tanto, preordenou alguns instrumentos, que serão sinteticamente examinados a seguir. Tais instrumentos visam à eficácia e aplicabilidade de todas as normas de direitos e garantias fundamentais. Mas, como o problema se situa basicamente no campo das normas referentes aos direitos sociais, especialmente às programáticas, do assunto vamos tratar aqui.

95. *O art. 5º, § 1º, da Constituição*. O Título II da Constituição contém a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata,¹⁴² enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado segundo as instituições existentes. E Poder Judiciário vem dando sinais bastante claros nesse sentido, como se nota dos seguintes julgados (e de outro indicado no n. 99, *infra*):

- “Fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado. Paciente carente de recursos indispensáveis à

- aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes” (AI 604.949-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-06, 2ª Turma, DJ de 24-11-06). No mesmo sentido: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-09, 1ª Turma, DJE de 5-6-09; AI 649.057-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-6-07, DJ de 17-8-07.
- “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, DJ de 24-11-00). No mesmo sentido: RE 393.175-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 2-2-07.
 - “Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade ‘diferença de classe’, em razão das condições pessoais do doente, que necessitava de quarto privativo. Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços. Resolução n. 283/91 do extinto INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução n. 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde” (RE 226.835, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-12-99, DJ de 10-3-00). No mesmo sentido: RE 207.970, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 22-8-00, DJ de 15-9-00.
 - “Doente portadora do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos arts. 5º, I, e 196 da Constituição Federal. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei n. 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados” (RE 242.859, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 29-6-99, DJ de 17-9-99).
 - “Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (RE 195.192, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22-2-00, DJ de 31-3-00).
 - “A Constituição Federal assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no sistema único de saúde, por meio de contrato ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF, artigo 199, § 1º). Por outro lado, assentou balizas entre previdência e assistência social, quando dispôs no artigo 201, caput e inciso I, que os planos previdenciários, mediante contribuição, atenderão à cobertura dos eventos ali arrolados, e no artigo 203, caput, fixou que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por fim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, inferindo-se desse conjunto normativo que a assistência social está dirigida a toda coletividade, não se restringindo aos que não podem contribuir. Vê-se, pois, que a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir a saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação. Por isso, se as entidades privadas se dispuseram a conferir aos seus filiados benefícios previdenciários complementares e os contratados assumiram a obrigação de pagar por isso, o exercício dessa faculdade não lhes assegura o direito à imunidade tributária constitucional, outorgada pelo legislador apenas às entidades que prestam assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social (CF, artigo 203), como estímulo ao altruísmo dos seus instituidores” (RE 202.700, voto do Min. Maurício Corrêa, julgamento em 8-11-01, DJ de 1-3-02).

96. *Mandado de injunção*. Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim é o enunciado de sua previsão constitucional: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI).

Sua função seria fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação. Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir, para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão, ainda que ultimamente essa linha jurisprudencial venha sendo transformada no sentido de considerar o mandado de injunção uma ação mandamental, como se vê dos julgados emitidos nos MI 670, 708, 712 e mais recentemente nos MI 721, 758, 788 e 795.

97. *Inconstitucionalidade por omissão*. A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto no art. 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando à declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas consequências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. A mera ciência ao Poder Legislativo – poder competente tratando-se de omissão de lei – pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsioná-lo a atender ao julgado.

98. *Iniciativa popular*. O exercício da *iniciativa popular* também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Ela é prevista no art. 61, 2º, nos termos seguintes: “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”. A omissão do Poder Legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

99. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF*. Este é um instrumento de que ainda não se extraiu toda a sua potencialidade, especialmente no referente à implementação de políticas públicas para o fim de se concretizarem, na prática, direitos sociais. Há, porém, bons encaminhamentos nesse sentido, como se viu dos julgados indicados *supra* (n. 95), e também da ADPF 45/DF, de que foi Relator o Min. Celso de Mello, sobretudo afastando a cláusula da “reserva do possível”, que impediria o Poder Judiciário de impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas que exijam o manejo de recursos públicos, em favor da regra do “mínimo existencial”, segundo o qual podem ser direta e imediatamente sempre garantidos os direitos sociais, econômicos e culturais mais relevantes por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana,¹⁴³ como se vê de sua ementa:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”.

A decisão monocrática julgou prejudicada a ADPF, mas deu indicações muito importantes no sentido da eficácia das normas programáticas, especialmente se apoiou em passagens de obra do Prof. Andreas Joachim Krell (*Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 22-23, 2002, Fabris) que abre espaço para a eficácia dos direitos fundamentais sociais, de que destacamos o seguinte trecho mais expressivo nesse sentido: “A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais” (grifo nosso).¹⁴⁴

100. Para concluir, diremos que estamos de acordo com essa doutrina que confere ao Judiciário garantir o *mínimo existencial*, em face da omissão de políticas públicas que o satisfaça. A dignidade da pessoa humana é um valor acima de qualquer outro e, por isso, exige a aplicação das normas programáticas que consubstanciem os direitos sociais, inclusive por decisão judicial, se os outros ramos do Poder não o fizerem. O argumento de que a imposição judicial, em tais casos, prejudica o atendimento geral à espera da execução das políticas públicas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo, se é ponderável, menos ponderável não será o do atendimento da regra “a cada um segundo as suas necessidades”, que envolve um princípio de justiça. Ora, o recurso ao Judiciário, aí, por regra, se dá em casos de extrema necessidade. A Constituição seria desrespeitada, nos seus valores fundamentais, se tal necessidade não fosse socorrida pelo Judiciário, diante da omissão dos outros poderes.

Referências

- AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- AZZARITTI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1955.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese n. 8, apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis (SC): 2 a 6 de maio de 1982, separata, p. 14 e ss.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2.
- BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*. Pádua: CEDAM, 1953.
- _____. *Le libertà nella costituzione: lezione*. Pádua: CEDAM, 1966.
- 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.

- BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- BERNIERI, Giovanni. *Rapporti della costituzione con le leggi anteriori*. Archivio Penale, primeira parte, p. 409, novembro-dezembro, 1950.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto costituzionale*. 7. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.
- BITTAR, Carlos Alberto. A Constituição de 1988 e sua interpretação. In: *RT* 635/33, setembro/88.
- BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1956. v. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.
- _____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* : contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1956.
- _____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CARBONE, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionali*. Pádua: CEDAM, 1951.
- CASTRO NUNES. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations*. 6. ed. Boston, 1890.
- COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Editora Losada, 1954.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.
- DE SIMONE, Saverio. *Lineamenti di una teoria su matéria e norma costituzionale nel ordenamento giuridico italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.
- DEL VECCHIO, Georgio. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1953.
- DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DUVERGER, Maurice. *Os regimes políticos*. São Paulo, 1962.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema financeiro nacional; limitação de juros. Comentários ao art. 192. In: *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FRANCHINI, Flaminio. *Efficacia delle norme costituzionali*. Archivio Penale, primeira parte, p. 201, maio-junho, 1950.
- GALIZIA, Mario. *Scienza giuridica e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1954.
- GUELLI, Vincenzo. *O regime político*. Coimbra: Arménio Amado-Editor Sucessor, 1951.
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2. ed. México (DF): Imprenta Universitaria, 1958.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução do Dr. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Aménio Amado Editor-Sucessor, 1962. v. 2.
- LEAL, Vítor Nunes. Classificação das normas jurídicas. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1958.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- NATOLI, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I – Introduzione. Milano: Giuffrè, 1955.
- OLIVECRONA, Kart. *El derecho como hecho*. Buenos Aires: Depalma, 1959.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.
- PALLIERI, Balladore. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1955.
- PANNAIN, Remo. *Rapporti tra l'art. 21 della Costituzione e l'art. 113 della legge di P.S.* Archivio Penale, primeira parte, p. 220, maio-junho, 1950.
- PARGA, Manuel Jiménez de. *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madri: Tecnos, 1960.
- PINTO FERREIRA, Luiz. Eficácia. Verbete em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 30.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à *Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 1. São Paulo: RT, 1967.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía dela interpretación del derecho*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956.
- RUINI, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma: La costituzione nella sua applicazione*. Milano: Giuffrè, 1952.
- SERVICIO ESPAÑOL DEL PROFESORADO DE ENSEÑANZA SUPERIOR. *La estructura del Estado, curso de formación política*. Barcelona: Bosch, 1958 (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona).
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo, 1953. v. 1.
- VILLARI, Salvatore. *Sulla natura giuridica della costituzione*. Archivio Penale, segunda parte, p. 217, maio-junho, 1948.

¹ Professor Titular aposentado da FADUSP.

² Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80 e 81.

³ Assim o disse Wilson Steinmetz no seu apreciado livro *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42.

1. "Eficácia social" significa a real efetivação da norma; significa que ela está efetivamente regendo a realidade social nela descrita. O termo "efetividade" exprime tecnicamente essa qualidade da norma jurídica. Quanto à efetividade das normas constitucionais, cf. a excelente monografia de Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 79. "Efetividade [diz ele] significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa 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".
2. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 13.
3. Concurso para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizado em setembro de 1969.
4. Cf. AFTALIÃO, Henrique R.; OLANO, Fernando Garcia.; e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 189. Karl Olivecrona adota esse sentido da palavra, quando afirma que "la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada y que el poder se ejerza conforme a sus normas" (*El derecho como hecho*. Buenos Aires: Depalma, 1959. p. 41). É só nesse sentido social que Norberto Bobbio concebe a eficácia das normas jurídicas, ou seja, "il problema dell'efficacia di un norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta (i cosiddetti destinatari della norma giuridica) e, nel caso in cui sia violata, sia fatta a valere con mezzi coercitivi dall'autorità che l'ha posta" (cf. Torino, G. Giappichelli. *Teoria generale del diritto*, 1993. p. 25).
5. AFTALIÃO, OLANO e VILANOVA. *Introducción*, cit., p. 190.
6. Cf. *Teoria pura do direito*, v. 1, 2. ed. p. 19.
7. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 78 e ss.
8. Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 289.
9. MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso*, cit., p. 60.
10. Cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, cit., p. 45.
11. O leitor interessado poderá conferir minha resposta constante do segundo apêndice da 7. ed. da *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2008.
12. Cf. Apêndice referido *supra* (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, ob. cit., p. 303 e 304).
13. Não vamos fazer ainda nesta oportunidade uma distinção importante que toma a *regra* como gênero e *normas* como simples espécies daquelas. Nesse sentido, a palavra *regra* seria uma proposição linguística destinada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana. Nessa perspectiva, as regras são de três tipos: *regras ónticas*, que dizem respeito à existência de um campo prático de atuação, assim, as que definem a existência do Estado, sua forma, seu poder; *regras técnicas ou de procedimento*, que são as que assinalam meios necessários para conseguir os fins propostos, como as regras de competência e atribuições; *regras deonticas ou normas*, que são as que estabelecem pautas de comportamento, um preceito de *dever ser*, e só estas seriam normas porque só elas exprimem *dever ser* (cf. Robles, Gregorio. *Las reglas del derecho e las reglas de los juegos*. p. 17 e 93 e ss).
14. RUIINI, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma; La costituzione nella sua applicazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 4
15. Cf. RUIINI, Meuccio, ob. cit., p. 120: "Una costituzione non può come Minerva uscire dal capo di Giove, completa, tutta d'un pezzo e tutta armata".
16. No mesmo sentido, Saverio de Simone, *Lineamenti di una teoria su materia e norma costituzionale nel ordinamento giuridico italiano* (Milano: Giuffrè, 1953. p. 40); Pallieri, Balladore, *Diritto costituzionale* (4. ed., Milano: Giuffrè, 1955. p. 322), implicitamente; Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952), toda dedicada a demonstrar o valor das normas programáticas e outras dependentes de legislação; Natoli, Ugo, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I - introduzione*. (Milano: Giuffrè, 1955, especialmente. p. 17 e ss.).
17. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 287.
18. AFTALIÃO, OLANO e VILANOVA. *Introducción al derecho*. p. 105; REALE, Miguel, ob. cit., p. 401, mas reconhece a evolução de Kelsen para o imperativismo (p. 413); TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*, v. I, São Paulo, 1953. p. 213.
19. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. v. 1, p. 138.
20. Idem, p. 138.
21. Idem, p. 138: *Teoría general del derecho y del Estado*. 2. ed., México, DF: Imprenta Universitaria, 1958. p. 53: "La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones". Regras de direito e proposições jurídicas são expressões sinônimas, na doutrina de Kelsen.
22. *Teoria pura do direito*. v. 1, p. 157. Em nota, esclarece Kelsen seu pensamento, que diz ter sido mal traduzido na primeira edição de seu famoso livro. Sobre isso, cf. REALE, Miguel, ob. cit., p. 287
23. Cf. COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1954. p. 1: "La norma completa resulta, por lo tanto, un juicio lógicamente disyuntivo".
24. Ob. cit., p. 144 e ss.
25. Cf. AZZARITTI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 98.
26. Cooley, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations*. 6. ed., Boston, 1890. p. 93: "But the courts read upon very dangerous ground when they venture to apply the rules which distinguish directory and mandatory statutes to the provisions of a constitution". Usamos a tradução de Lúcio Bittencourt em *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57 e 58.
27. Cf. *Direito constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1956. p. 395.
28. Cf. VECCHIO, Del. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1953. p. 289.
29. Cf. LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1958. p. 121 e 123; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à ciência do direito*, 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 149; LEAL, Vítor Nunes. "Classificação das normas jurídicas". In: *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960; VECCHIO, Del, ob. cit., p. 289
30. LIMA, Hermes. ob. cit., p. 122.
31. OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. ob. cit., p. 249.
32. Cf. VECCHIO, Del. Giorgio. *Philosophie*, cit., p. 290; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução*, cit., p. 252; LIMA, Hermes. *Introdução*, cit., p. 122.
33. Cf. VECCHIO, Del. Giorgio. *Philosophie*, cit., p. 290-291; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução*, cit., p. 250.
34. Cf. COOLEY, Thomas M. *Treatise*, cit., p. 98 a 101.
35. Cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1933. p. 475 e ss., onde expõe, com aquela invulgar e invejável erudição, a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto.
36. Ob. cit., p. 477 e 478.
37. Ob. cit., p. 489. Cf. a propósito MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. p. 299 e ss.
38. Cf. DE SIMONE, Saverio. *Lineamenti...*, p. 41. Cf. também MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 315.
39. Cf. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. p. 106.
40. Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 315.
41. Ob. cit., p. 315 e 316.
42. Sobre o assunto, a doutrina italiana já produziu vários trabalhos, destacando-se: Crisafulli, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952), no qual se reuniram vários estudos, especialmente dedicados às normas constitucionais de eficácia limitada, com particular atenção às de natureza programática; Azzariti, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1951), especialmente a segunda parte; Ruini, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma. La costituzione nella sua applicazione* (Milano: Giuffrè, 1952), especialmente p. 118 e ss.; Natoli, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I - introduzione* (Milano: Giuffrè, 1955); DE Simone, Saverio. *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano* (Milano: Giuffrè, 1953); Villari, Salvatore. *Sulla natura giuridica della costituzione, Archivio Penale*, segunda parte, p. 217, maio-junho, 1948; Franchini, Flaminio. *Efficacia delle norme costituzionali, Archivio Penale*, primeira parte, p. 201, maio-junho, 1950; Pannain, Remo. *Rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 della legge di P.S., Archivio Penale*, primeira parte, p. 220, maio-junho, 1950; Bernieri, Giovanni. *Rapporti della costituzione con le leggi anteriori, Archivio Penale*, primeira parte, p. 409, novembro-dezembro, 1950. Além desses trabalhos que versam direta e especificamente o tema, monografias sobre outras matérias e mesmo obras gerais de direito constitucional cuidam dele de passagem, como: Barile, Paolo. *Il soggetto privato nella costituzione italiana* (Pádua: CEDAM, 1953), e *Le libertà nella costituzione: lezione* (Pádua: CEDAM, 1966); Galizia, Mario. *Scienza giuridica e diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1954); Carbone, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionali* (Pádua: CEDAM, 1951); Pallieri, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionali* (4. ed., Milano: Giuffrè, 1955, especialmente parte 3a); di Ruffia, Paolo Biscaretti. *Diritto costituzionale* (7. ed., Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, especialmente p. 98 e ss. e p. 227 e ss).
43. Cf. FRANCHINI, Flaminio. Eficácia delle norme costituzionale, *Archivio Penale*, primeira parte, maio-junho, 1950. p. 203; NATOLI, Ugo, *Limiti*, cit., p. 23; PALLIERI, Balladore, *Diritto*, cit., p. 321-327. De resto, Francisco Campos, em substancioso parecer, hoje incorporado ao v. I de seu *Direito constitucional*, sob o título de "Elaboração legislativa", proferido em 1919, já sustentava a juridicidade de todas as normas constitucionais, ao repelir a distinção entre normas mandatórias e diretórias, como já vimos no texto.
44. Para as várias posições, Pannain, Remo. *Rapporti*, cit., *Archivio Penale*, primeira parte, p. 220 e ss., maio-junho, 1950.
45. Cf. AZZARITTI, Gaetano, *Problemi*, cit., p. 103; PANNAIN. *Rapporti*, cit. na nota anterior; DI RUFFIA, Biscaretti. *Diritto*, cit., p. 230.
46. Cf. AZZARITTI, Gaetano, *Problemi*, cit., p. 103, cuja lição constituiu apoio ao texto acima, traduzida quase *ipsis litteris*.
47. Houve, certamente, extravagâncias relativas à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano 11, que dispunha: "le peuple français reconnaît l'existence de l'Être suprême et l'immortalité de l'ame"; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim, há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.
48. É o que se deduz da lição de Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952). Lição essa adotada, entre nós, por J. H. Meirelles Teixeira, *Curso*, cit., p. 317.
49. Cf., a propósito, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso*, cit., p. 317 e ss.
50. Celso Antônio Bandeira de Mello ofereceu uma classificação das normas constitucionais do ponto de vista da *posição jurídica em que os administrados se veem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais*, que traz certamente uma boa contribuição ao tema, sem que se pretenda substituir a nossa, como ele próprio diz. Distingue, assim, as normas constitucionais em três categorias: (a) *normas concessivas de poderes jurídicos*; (b) *normas concessivas de direitos*; e (c) *normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida* (cf. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, tese n. 8, apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis - SC, 2 a 6 de maio de 1982, separata. p. 14 e ss.). Não é o caso aqui de fazer apreciação sobre essa classificação, mas se pode dizer que a terminologia de "normas definidoras de uma finalidade a ser atingida", que corresponde às tradicionalmente chamadas *programáticas*, merece atenção por afastar uma terminologia hoje muito comprometida com ideologias desqualificadoras do caráter jurídico dessas normas. A classificação de Luís Roberto Barroso como: (a) *normas constitucionais de organização*; (b) *normas constitucionais definidoras de direito*; e (c) *normas constitucionais programáticas* (ob. cit., p. 88), está em outro plano, o da estrutura normativa a das constituições. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que lamentavelmente não melhorou em nada a nossa. Distinguem as normas constitucionais em dois grupos: (a) *normas constitucionais quanto ao modo de incidência*; e (b) *normas constitucionais quanto à produção de efeitos*. As primeiras, à sua vez, são (a) *por via de aplicação*, distinguindo-se em *normas regulamentáveis* e *normas irregulamentáveis*; e (b) *por via de integração*, distinguindo-se em *normas complementáveis* e *normas restringíveis*. As segundas são de dois tipos também: (a) *normas de eficácia parcial*, que são normas complementáveis; e (b) *normas de eficácia plena*, distinguindo-se em *normas regulamentáveis*, *normas irregulamentáveis* e *normas restringíveis* (cf. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982. p. 63). Separar a aplicabilidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes confunde e cria redundâncias desnecessárias. Pinto Ferreira sugere a seguinte classificação: (a) *normas constitucionais de eficácia absoluta*, não emendáveis; (b) *normas constitucionais de eficácia plena*, constitucionalmente emendáveis; (c) *normas constitucionais de eficácia contida*; (d) *normas constitucionais de eficácia limitada* (como as programáticas) [Cf. "Eficácia (Direito constitucional)", Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 30]. Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação: (a) *normas com eficácia absoluta*; (b) *normas com eficácia plena*; (c) *normas com eficácia relativa restringível*; (d) *normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação* (*Normas constitucionais e seus efeitos*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. p. 97). Não nos parece cabível a classe de normas de *eficácia absoluta* de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, uma vez que se baseia em critério de modificabilidade constitucional e não no critério da aplicabilidade. Deste ponto de vista nada mais são do que normas de eficácia plena. Jorge Miranda faz uma classificação das normas constitucionais, muito útil, sob diversos critérios (Cf. *Manual de direito constitucional*, tomo II. p. 212 a 223), mas do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, sua classificação se reduz a não mais do que (a) *normas constitucionais preceptivas* e *normas constitucionais programáticas*;

(b) normas constitucionais executivas e não executivas; (c) normas constitucionais a se e normas sobre normas (p. 216).

54 Cf. Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1968, p. 84.

55 Cf. Franchini, Flaminio. Efficacia, cit., *Archivio Penale*, p. 201 e ss., maio-junho, 1948; Pannain, Remo. *Rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 della legge di P.S.*, *Archivio Penale*, p. 220 e ss., no qual apresenta debates sobre a matéria, de que participaram vários juristas contra a tese jurisprudencial: Crisafulli, Vezio, *La costituzione*, cit., especialmente os dois estudos sobre *Principi costituzionali e libertà di manifestazione di pensiero*, p. 87 a 106.

56 Assim, Azzariti, Gaetano, *Problemi*, cit., especialmente Parte Segunda, Seção Primeira, p. 97 e ss.; Bernieri, Giovanni, *Rapporti*, cit., *Archivio Penale*, nov.-dez., 1950, p. 415 e ss.

57 VILLARI, Salvatore, Sulla, cit., *Archivio Penale*, p. 221, segunda parte, maio-junho, 1948.

58 Como já dissemos de passagem, essas regras são *ônticas*. Não entraremos em pormenores aqui sobre a questão das regras constitucionais ônticas, procedimentais e deônticas, classificação que tem interesse teórico e prático relevante. Não o faremos, porque isso implicaria mudar todo o enfoque da monografia. Queremos, no entanto, fazer aqui rápida observação sobre a aplicabilidade das regras ônticas, como é esta em exame. É que essas regras, a rigor, escapam à problemática do cumprimento, por não serem regras diretas de ação, não são regras que se dirigem ao comportamento humano diretamente. Por isso não podem ser cumpridas ou descumpridas, porque só tem sentido falar em cumprimento ou descumprimento daquelas regras que se referem diretamente à ação do sujeito. Como diz Luis Roberto Barroso, elas não contêm a previsão de um fato, cuja ocorrência deflagra efeitos jurídicos, não apresentam juízo hipotético, pois possuem um efeito constitutivo imediato de situações que enunciam. Assim, por exemplo, não há como cumprir ou descumprir a regra constitucional que estabelece que a *organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição* (art. 18), ou a que diz que o *Congresso Nacional se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* (art. 44). Mais adiante ainda voltaremos a elas.

59 Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 317.

60 Sobre esse assunto, em geral, cf. Barile, Paolo. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, especialmente Sec. Seg. *I limiti delle situazioni attivi*, Pádua, 1953.

61 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema financeiro nacional. Limitação de juros. Comentários ao art. 192. In: *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 140.

62 Basta lembrar o inc. III do art. 34 (intervenção nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da *ordem pública*), o art. 136 (autoriza o estado de defesa a preservar ou restabelecer a *ordem pública* e a *paz social*), art. 142 (competência das Forças Armadas para garantir a *ordem pública*, por certo) e art. 144, *caput*, e § 5º (preservação como objeto da segurança pública e da polícia ostensiva exercida pela Polícia Militar; fundamento, pois, do poder de polícia).

63 Cf. BARILE, Paolo. *Le libertà nella costituzione*. p. 47.

64 Cf. BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella costituzione italiana*. p. 136.

65 Cf. BARILE, Paolo. *Le libertà nella costituzione*. p. 47.

66 Sem que se queira interpretar a Constituição segundo a lei ordinária, que seria inverter princípios já que as leis é que devem ser interpretadas conforme a Constituição, pode-se lembrar que há referências legais a "bons costumes", como no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 395, III, do Código Civil.

67 BARILE, Paolo. *Le libertà*, cit., p. 40.

68 Constituição italiana, arts. 13, 16, 17 e 41. Também a Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. 13.

69 Cf. Crisafulli, Vezio. *La costituzione*, cit., p. 60. nota 11: "Usò le espressioni 'situazioni di vantaggio' e 'rispettivamente 'di svantaggio' per evitare equivoci, dal momento che recenti indagini hanno indotto parte della dottrina ad attribuire un significato diverso da quello tradizionale alle espressioni più comuni, 'situazioni attive' e 'passive'". Cf. também Barile, Paolo, que, em sua obra *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, empregava a invariavelmente a expressão *situazioni attive*, "Sezione Seconda": *I limiti delle situazioni attive* (p. 75 e ss.), mas, já em *Le libertà nella costituzione*, editada posteriormente, passou a usar mais frequentemente a expressão "situazioni di vantaggio".

70 *Scienza giuridica e diritto costituzionale*. p. 53.

71 Cf. Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade*, cit., 1. ed., 1968, p. 109 e 110; 7. ed., 2. tir., 2008, p. 117 e 118.

72 Cf. "Crítica à classificação de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais". Disponível em: <www.georgemlima.blogspot.com>.

73 Cf. Silva, José Afonso da, *Aplicabilidade*, cit., 1. ed., 1968, p. 128, n. 33; 7. ed., 2. tir., 2008, p. 135, n. 33.

74 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 1/126 e 127.

75 Reunidos no livro já citado, CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, 1952.

76 Ob. cit., p. 34 e 35.

77 Idem, p. 103 e 104.

78 Idem, p. 19 ("Introdução").

79 Idem, p. 62 e 63.

80 Idem, p. 33.

81 Cf. Teixeira, J. H. Meirelles. *Curso*, cit., p. 324.

82 *Servicio español del profesorado de enseñanza superior*, *La Estructura del Estado, Curso de Formación Política* (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona), p. 111. O conceito de regime político é ainda polêmico, mas o apresentado afigura-se-nos o mais correto. Sobre o assunto, cf.: Parga, Manuel Jiménez de. *Los regimenes políticos contemporáneos*, Madrid, 1960; Duverger, Maurice. *Os regimes políticos*, São Paulo, 1962; Guelli, Vincenzo. *O regime político*, Coimbra, 1951.

83 Cf. Siches, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 227.

84 Cf. ob. cit., por exemplo, p. 80 e 81.

85 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*, Tese 8, cit., Separata, 1982, p. 14 e s. letra "c"; cf. também Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24, n. 4; "a regra constitucional pode ainda limitar-se tão somente a: (C) Expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra".

86 Para tanto, permito-me remeter o leitor ao meu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135 e s.

87 Cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 161.

88 É bem verdade que essa é uma postura especialmente de privatistas, que, quando escrevem sobre direito constitucional, insistem em dar efeitos diversos às normas constitucionais em função de sua natureza material ou formal, como se lê no preanteado Prof. Carlos Alberto Bittar (A Constituição de 1988 e sua interpretação, RT 635/33, setembro/88), entendendo que as materiais "têm vigência imediata, independentemente de declaração formal do legislador constituinte", enquanto "as demais — em que se encartam as relações privadas — somente produzem efeito em sua plenitude com a adaptação da legislação correspondente"; assim, "as normas de Direito de Família somente terão eficácia plena quando ajustado o Código próprio". Não existem relações privadas reguladas pela Constituição. Se ela regulou, nos limites por ela postos, a matéria passa a ser constitucional. Nela não há direito civil nem comercial, mas normas constitucionais sobre matéria civil ou comercial, pondo princípios regedores da sociedade civil.

89 Não obstante isso, George Marmelstein Lima disse que minha teoria as tem apenas como de "eficácia negativa".

90 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, 1. ed., 1977, p. 177.

91 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, 6. ed., 1993, p. 185 e ss.

92 Cf. *Diritto costituzionale*, p. 695 e 696.

93 Cf. *Constituição dirigente*, p. 166.

94 Cf. NATOLI, Ugo. *Limiti*, cit. p. 29.

95 Cf. Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente*. p. 24.

96 Cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. 1º/41 e 42.

97 Cf. *Direito constitucional*. 1. ed. 1983. p. 189 e 190. Houve inovações nas edições posteriores: cf. 6. ed., 1993, p. 180 e ss. e 346 e ss.

98 *Idem ibidem* 1ª ed. p. 191.

99 *Idem ibidem* 1ª ed. p. 192 e 193.

100 *Idem ibidem* 1ª ed. p. 193.

101 Cf., mais uma vez, Canotilho, J. J. Gomes. *Constituição dirigente*, p. 194.

102 Cf. *Direito constitucional*, 1. ed., p. 178.

103 Cf. *Constituição dirigente*, p. 370 e 371.

104 *Idem ibidem* p. 370 e 371.

105 *Idem ibidem* p. 365.

106 Luis Roberto Barroso, *O direito*, cit., p. 161: em casos como esse não há *normas programáticas*, porque "a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que preveem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir". Nossa opinião é que tais normas apontam para um fim social a ser alcançado, realizando-se mediante lei (que, aliás, já veio, como anotamos, em forma de medida provisória) *direitos sociais dos trabalhadores* (prestações positivas), que, no caso, dependem desta. Hoje a questão pode ser posta na linha do pensamento do autor, apenas porque há a previsão do mandado de injunção, que precisamente foi criado para dar aplicabilidade a tais normas, quando a lei prevista não o faça (claro, se o mandado de injunção não houver sido deformado). Não se trata de colocar a questão da conveniência, porque, dada a discricionariedade do legislador (não houvesse o mandado de injunção), o exame da conveniência e oportunidade também estaria presente, no caso, como é próprio de toda discricionariedade. Demais, também se poderia dizer que normas como as citadas pelo autor como programáticas — "O Estado protegerá as manifestações das culturas populares (...); "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico (...)" — deixam menos margem à conveniência e oportunidade do que aquela outra. Também as entendemos como programáticas, com as observações que fizemos no texto mais adiante.

107 Aqui, uma daquelas situações em que a palavra "direito" não qualifica uma situação jurídica subjetiva que propicie exigibilidade efetiva de determinada conduta, hipótese criticada por Luis Roberto Barroso (*O direito*, cit., p. 104).

108 Cf. Pérez Luño, Delimitación conceptual de los derechos humanos, no volume de que é editor: *Derechos humanos*, p. 217. Nosso *Curso de direito constitucional positivo*, p. 188.

109 *Direito constitucional*, 1. ed., p. 183.

110 *Idem ibidem* p. 184.

111 *Constituição dirigente*, 1. ed., p. 368.

112 Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral de direito tributário* p. 64.

113 *Philosophie du droit*, p. 285, nota 1. No mesmo sentido, em geral: Levi, Alessandro. *Teoria generale del diritto*, p. III; e, particularmente: Azzariti, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*, p. 98: "Queste norme in fondo, sotto un certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perché il programma che esse tracciano é destinato ad essere attuato dal legislatore, quando e circostanze ne offrano la possibilità". Noutro passo, entretanto, concede que possam ter "um certo caráter de juridicidade" (p. 123). Villari, Salvatore. Sulla natura giuridica della costituzione, *Archivio Penale*, maio-junho/48, Parte Segunda, p. 217 e ss., negando, aliás, caráter jurídico a toda a constituição formal.

114 A propósito: Crisafulli, Vezio, ob. cit., p. 105.

115 Natoli, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nei rapporti di lavoro* p. 23; De Simone, Saverio, ob. cit., p. 38-41.

116 Ob. cit., p. 24.

117 Ob. cit., p. 18.

118 Ob. cit., p. 52, com as retificações que o próprio autor admitiu na "Introdução" da obra citada (p. 16 e ss.).

119 O argumento da bilateralidade não escapou a Crisafulli que dele faz uso à p. 74 da obra citada.

120 *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 1/127, onde exprime uma ideia que também já deixamos anotada, em exemplos, no texto, quando diz: "A regra programática quase sempre está misturada a outras regras jurídicas cogentes, de modo que se há de discriminar, desde o início, o que é regra jurídica já incidente e o que é regra jurídica para ser observada pelas regras jurídicas que a formularem na matéria".

- [121](#) Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1958. p. 48.
- [122](#) *Bandeira de Mello*, Celso Antônio, *Eficácia*, cit., p. 18.
- [123](#) *Manual*, cit., p. 127.
- [124](#) *Limiti*, cit., p. 29.
- [125](#) *Limiti*, cit., p. 27. Natoli parte da natureza convencional das constituições contemporâneas e desenvolve raciocínio para a Constituição italiana que se aplica à Constituição Federal de 1988, hoje com maior razão, visto ser esta mais social do que aquela.
- [126](#) *Limiti*, cit., p. 29 e 30.
- [127](#) Servicio español del profesorado de enseñanza superior, La estructura del Estado, curso de formación política (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona), p. 111. O conceito de regime político é ainda polêmico, mas o apresentado afigura-se-nos o mais correto. Sobre o assunto, cf. *Parga*, Manuel Jiménez de. *Los regímenes políticos contemporáneos*. Madri, 1960; *Duverger*, Maurice. *Os regimes políticos*, São Paulo, 1962; *Guelli*, Vincenzo. *O regime político*, Coimbra, 1951.
- [128](#) *Siches*, Luis Recaséns, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 227.
- [129](#) Ob. cit., p. 126.
- [130](#) *Diritto costituzionale*, p. 322.
- [131](#) *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. I/127. Do mesmo sentir, quanto à inconstitucionalidade de lei conflitante com as normas programáticas: *Buzaid*, Alfredo. *Da ação*, cit., p. 48-49; *Bittencourt*, Lúcio. *O controle*, cit., p. 60.
- [132](#) *Comentários*, cit., p. 127.
- [133](#) *Crisafulli*, Vezio. *La costituzione*, cit., p. 62 e 63.
- [134](#) *Idem* p. 63.
- [135](#) *Nueva filosofía*, cit., especialmente p. 225 e ss.
- [136](#) Cf. *Canotilho*, J. J. Gomes, *Direito constitucional*. p. 184.
- [137](#) Cf. julgados in: *Archivio Penale*, maio-junho/48, Segunda Parte, p. 215; idem, maio-junho/50, p. 226. No mesmo sentido: *AZZARITTI*, Gaetano. *Problemi*, cit., p. 103; *Bemieri*, Giovanni. *Rapporti*, cit., *Archivio Penale*, novembro-dezembro/50. p. 441; *Villari*, Salvatore. *Sulla natura*, cit., *Archivio Penale*, maio-junho/48, p. 223.
- [138](#) Cf. *Bittencourt*, Lúcio, *O controle*, cit., p. 131.
- [139](#) Cf. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. p. 601.
- [140](#) *Teoria*, cit., p. 603. Na Itália, *Crisafulli* manteve ponto de vista semelhante, entendendo que, na hipótese, se dev e falar numa inconstitucionalidade sucessiva da lei anterior incompatível, não aceitando a tese da revogação, pelo menos em referência às normas programáticas, pois, no caso, "le due norme in conflitto non hanno il medesimo oggetto" (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. p. 57).
- [141](#) *O controle*, cit., p. 131.
- [142](#) Contudo, a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos e garantias individuais, como é o caso, por exemplo, do art. 5º, XXVIII e XXIX.
- [143](#) A propósito, cf. *Reis Júnior*, Ari Timóteo dos. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas, em *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Ano 17 – 86 maio-junho 2009, p. 12. O autor, ainda que propenda para a "reserva do possível", em homenagem ao princípio da divisão de poderes, admite que "há um limite à liberdade de conformação pelo legislador, que se caracteriza pelo mínimo existencial, que demarcado pela dignidade da pessoa humana, autoriza ao Judiciário a sua tutela imediata, mediante uma ponderação de princípios" (*idem* p. 30).
- [144](#) Extraído do *Informativo - STF*, n. 345.