

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Formatado: Português (Brasil)

Maria Cristina Barboza¹

Resumo: o presente artigo tem por objetivo discutir a temática da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. A partir da análise de algumas classificações doutrinárias, com destaque para José Afonso da Silva e Virgílio Afonso da Silva, e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, chega-se a uma questão de grande relevância para o Direito Constitucional: se admitirmos a existência as normas dependentes de legislação, estaremos justificando a não aplicabilidade de determinadas normas constitucionais. Neste contexto, o mandado de injunção se destaca como uma das formas de combate à omissão legislativa e defesa da aplicabilidade das normas constitucionais que necessitam de regulamentação, pelo menos nos casos de garantia de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; mandado de injunção, omissão legislativa.

The efficiency and applicability of Constitutional Norms

Abstract: The present article aims to discuss the issue of efficiency and applicability of constitutional norms. From the analysis of some doctrinal classifications, with particular reference to José Afonso da Silva e Virgílio Afonso da Silva, and the Federal Supreme Court jurisprudence, it takes us to a great relevance question to the Constitutional Law: if we admit the existence of a dependant legislation norm, we will be justifying the non-applicabilities of certain constitutional norms .In this context , the order of injunction stands out as a way to combat the legislative omission and the constitutional norms applicability defense that require regulation, at least in the fundamental right assurance cases.

Key-Words: Efficiency and applicability of Constitutional Norms, injunction order, legislative omission.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo abordar o tema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. Para tanto, será apresentada inicialmente a classificação de José Afonso da Silva, incluindo o detalhamento acerca das normas constitucionais de eficácia contida, as normas constitucionais de eficácia limitada, as normas constitucionais de princípios gerais (normas-princípios) e os princípios gerais do direito constitucional, as normas constitucionais de princípio institutivo, as normas constitucionais de princípio programático, as normas impositivas e facultativas, a vigência das normas de eficácia limitada e as principais polêmicas enfrentadas pelo estudo da classificação do autor.

¹Socióloga e Advogada, atualmente é gerente de projetos e docente da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo (FESPSP), aluna de mestrado do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC-SP, no núcleo de pesquisa em Direito Constitucional, e bolsista da CAPES (modalidade 2). E-mail para contato: mc.barboza@uol.com.br.

Serão apresentadas ainda as críticas de Virgílio Afonso da Silvaa respeito da Classificação de José Afonso da Silva, assim como as respostas deste último. Em seguida serão abordadas outras classificações, tidas como as mais relevantes para o estudo.

Na última parte do artigo serão apresentados alguns comentários sobre a utilização da teoria de José Afonso da Silva pela jurisprudência do STF, assim como considerações finais.

1. A CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

José Afonso da Silva enfrentou o tema da aplicabilidade das normas constitucionais de forma contundente, influenciando desde 1967 nossa doutrina e jurisprudência.

Em sua obra² mais conhecida, José Afonso da Silva se propôs a estudar a aplicabilidade das normas constitucionais, ou seja, a qualidade da norma que tem a capacidade de gerar efeitos jurídicos. Adverte, preliminarmente, que a aplicabilidade, nos termos jurídicos em estudo, nadatem a ver com a efetividade, ou eficácia social, objeto de estudo de outra ciência: a sociologia jurídica.

Segundo o autor, a eficácia jurídica diz respeito aos elementos necessários para que se haja aplicabilidade (vigência e legitimidade), fazendo parte do próprio fenômeno da aplicabilidade. Assim, “se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade” (SILVA, 1998:60).

(...) 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 (SILVA, 1998:60).

Destacamos que o professor Ingo W. Sarlet, na sua obra “A Eficácia dos Direitos Fundamentais” entende que a efetividade está relacionada à eficácia social, não fazendo parte, assim, do conceito de eficácia jurídica; e que a eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos.

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz deputada de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sentido aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo

² Aplicabilidade das normas constitucionais.

‘eficácia jurídica’, o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inherente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções (SARLET, 2012:238).

Dando destaque à matéria, José Afonso da Silva salienta que as normas constitucionais, embora sejam as normas de hierarquia superior num ordenamento jurídico, muitas vezes não passam de *letra morta*. Há autores que até mesmo negam juridicidade e vigência às normas constitucionais, como no caso das normas programáticas.

É paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o Direito dotado de supremacia e de superlegalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade (SILVA, 1998:16).

1.1. A classificação das normas constitucionais

José Afonso da Silva afirma que há diferentes normas constitucionais, pois elas possuem natureza e finalidades diversas, muito embora estejam no mesmo texto jurídico. Por este motivo, diferem-se quanto a sua aplicabilidade: umas são de aplicabilidade imediata, outras de aplicabilidade contida, e outras, ainda, de aplicabilidade reduzida.

Nossa Constituição, como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, funções 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 (SILVA, 1998:47).

Neste sentido, admite o autor que haja normas constitucionais que necessitam de legislação integrativa para que possam ser aplicadas e produzir todos os seus efeitos jurídicos. No entanto, este fato não significa que estas normas sejam desprovidas de juridicidade e vigência. As normas dependentes de legislação ordinária são aplicáveis no limite de suas possibilidades. Podem produzir poucos efeitos, é certo, mas não podem ser entendidas de forma alguma como não jurídicas ou não vigentes, pois fazem parte do texto constitucional, que se materializa como um documento jurídico hierarquicamente superior aos demais atos normativos.

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 diretrizes e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas (SILVA, 1998:47-49).

A grande questão, neste contexto, é estabelecer o limite de aplicabilidade das normas constitucionais quando da não existência de uma legislação ordinária integrativa.

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 (SILVA, 1998:76).

E o problema acentua-se se entendermos que toda norma constitucional necessita de um complemento, legal ou interpretativo, por não ser em si só completa para o caso concreto, em virtude do seu caráter abstrato e geral. Deste modo, não existiriam normas constitucionais de todo completas, muito menos de todo ineficazes.

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, 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 interprete 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 (SILVA, 1998:76).

Há de se admitir, portanto, que as normas constitucionais possuem níveis diferentes de aplicabilidade, ou diferentes valores jurídicos. Não são todas aplicadas da mesma forma, mas todas, sem sombra de dúvidas, possuem efeitos jurídicos.

Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversosumas das outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. (...) Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático (SILVA, 1998:76).

José Afonso da Silva apresenta então a sua classificação das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade. Seriam elas: (a) normas constitucionais de eficácia plena; (b) normas constitucionais de eficácia contida; (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

1.2. As normas constitucionais de eficácia plena

A primeira categoria de normas refere-se às de aplicabilidade direta, imediata e integral, que produzem todos os efeitos jurídicos possíveis de pronto, e não necessitam de legislação integrativa. Trata-se de normas completas, ou seja, que possuem todos os elementos necessários para a sua aplicabilidade e eficácia plena.

(...) 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 (SILVA, 1998:101).

Destaca o autor que embora o constituinte brasileiro tenha demonstrado forte tendência ao estabelecimento de normas constitucionais dependentes de legislação ordinária, a orientação doutrinária atual sustenta a aplicabilidade imediata e a eficácia plena de grande parte das normas constitucionais, até mesmo as programáticas.

A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições.

A Constituição Federal, no entanto, revelou acentuada tendência para deixar ao legislador ordinário a integração e complementação de suas normas. Mesmo assim, uma simples análise mostra que a maioria de seus dispositivos acolhe normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata (SILVA, 1998:88-89).

São exemplos na Constituição Federal de 1988, segundo o autor, deste tipo de norma constitucional:

Art. 1º, § único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Portanto, as normas de eficácia plena seriam todas aquelas de aplicabilidade imediata, ou seja, aquelas normas que (SILVA, 1998:101):

- a) contêm 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 apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nas regulados.

1.3. As normas constitucionais de eficácia contida

A segunda categoria apresentada por José Afonso da Silva refere-se às normas de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, que possuem eficácia plena desde sua entrada em vigor, porém seus efeitos jurídicos podem ser restringidos pelo Poder Público, em dadas circunstâncias. Assim, estas normas seriam suscetíveis à imposição de limites jurídicos futuros (SILVA, 1998:116):

São elas normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independentemente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação anterior, mas fica dependente dos limites (...) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorrem (atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

José Afonso da Silva aponta que as normas constitucionais de eficácia contida se assemelham às normas de eficácia plena e às normas de eficácia limitada. As normas constitucionais de eficácia contida assemelham-se às normas de eficácia plena porque têm sua aplicabilidade imediata e direta; se distanciam destas normas porque sua eficácia não é sempre plena: pode vir a sofrer restrições futuras.

Por outro lado, as normas constitucionais de eficácia contida assemelham-se às normas de eficácia limitada porque têm sua eficácia regulada por legislação ordinária; se distanciam destas normas porque em princípio sua aplicabilidade é imediata e direta, e porque a interferência legislativa no caso da norma de eficácia contida restringe sua aplicabilidade, enquanto que na norma de eficácia limitada acontece justamente o contrário: a ampliação da possibilidade de aplicabilidade da norma.

São exemplos, segundo o autor, de normas constitucionais de eficácia contida na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, VIII: ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Art. 5º, XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Destacamos que o autor menciona, como exemplo deste tipo de norma, a previsão do art. 37, VII da Constituição brasileira (o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica), que garante o direito de greve aos trabalhadores (SILVA, 1998:194):

A lei referida no § 1º do art. 9º não interfere com a eficácia do direito de greve, em si, mas incide no seu procedimento em relação aos serviços ou atividades essenciais, porque dispõe sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; e, nesse caso, a operação da greve fica sujeita à observância do que dispuser a lei. Há, aí, num limite bastante estreito, uma forma de norma de eficácia contida.

Por fim, o autor destaca que a possibilidade de contenção ou limitação da eficácia das normas constitucionais deve estar prevista na Constituição (conceitos gerais ou legislação).

(...) para a consecução desses objetivos, há que ser autorizado pela constituição (nos escritos termos de suas normas), quer por conceitos gerais (como os vistos), quer por lei, a regular o exercício dos direitos e autonomias conferidos aos indivíduos e entidades pelas normas constitucionais, cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado, na busca da efetivação da prosperidade da comunidade (SILVA, 1998:115).

1.4. As normas constitucionais de eficácia limitada

A terceira categoriorefere-se às normas constitucionais de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, de eficácia limitada, pois necessitam de normas integrativas para que possam produzir os seus efeitos jurídicos de maneira plena.

Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os 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 (SILVA, 1998:82-83).

José Afonso da Silva destaca que as normas constitucionais de eficácia limitada possuem duas características distintas, podendo ser classificadas em (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; e (b) declaratórias de princípio programático (SILVA, 1998:83).

Importante destacar, antes da explanação da classificação acima, que José Afonso da Silva distingue as normas constitucionais de princípios (eficácia limitada e aplicabilidade indireta) das normas constitucionais de princípios gerais (normas-princípios) e dos princípios gerais do direito constitucional.

1.4.1. Normas constitucionais de princípios gerais (normas princípios) e princípios gerais do direito constitucional

As normas-princípios seriam as normas fundamentais do direito constitucional, que emanam orientações para a interpretação e aplicação de todas as demais normas constitucionais. A partir das normas fundamentais todo o ordenamento jurídico de um Estado é construído, incluindo aí as normas particulares.

Diferentes são as normas constitucionais de princípios gerais, ou normas-princípios. Estas são, segundo Crisafulli, ‘as normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações e situações específicas da vida social’. Mais adequado seria chama-las de normas fundamentais (a Constituição de 1988 as chama de princípios fundamentais), de que as normas particulares são mero desdobramento analítico (SILVA, 1998:119).

A partir da leitura da obra de José Afonso da Silva, percebe-se que estas normas-princípios, diferentemente das normas de eficácia limitada, são de aplicabilidade imediata, e eficácia plena, conforme exemplos da Constituição Federal de 1988, fornecidos pelo autor.

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

Art. 1º, § único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Os princípios gerais do direito constitucional, por sua vez, são aqueles que orientam todo o ordenamento jurídico de um Estado.

Certas normas constitucionais não são propriamente fundamentais, mas contêm princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica nacional, como as que consagram o princípio da isonomia (SILVA, 1998:119).

São exemplos, segundo o autor, de princípios gerais do direito constitucional na Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, inciso I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 5º, inciso II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Portanto, a diferença entre as normas constitucionais de princípios, as normas-princípios e os princípios gerais do direito constitucional se concentra nos efeitos jurídicos que cada uma pode produzir. Enquanto que as primeiras são de eficácia limitada, e aplicabilidade indireta, as demais são de eficácia plena, e aplicabilidade imediata.

Mas essas normas-princípios e as de princípios gerais distinguem-se basicamente daquelas que denominamos normas constitucionais de princípio ou de esquema, pois estas são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, isto é, dependentes de legislação ou outra providencia, enquanto aquelas são de eficácia plena e aplicabilidade imediata – auto-aplicáveis, na terminologia norte-americana (SILVA, 1998:120).

1.4.2. Normas constitucionais de princípio institutivo

As normas constitucionais de princípio institutivo (ou de princípio orgânico ou organizativo) são aquelas às quais o constituinte preferiu deixar a sua regulamentação, ou seja, como ela produzirá seus efeitos jurídicos, a cargo do legislador. Assim, é a lei ordinária que fará com que estas normas constitucionais sejam aplicadas integralmente, atingindo sua eficácia plena.

Trata-se, como desde logo se vê, de prescrições constitucionais de eficácia limitada, pois não regulam diretamente e imediatamente a matéria referente às entidades e órgãos mencionados; o constituinte preferiu incumbir dessa tarefa o legislador ordinário (a lei indicará..., regulará..., a lei disporá...) (SILVA, 1998:82-83).

Nota-se que o termo princípio não é aqui utilizado para designar um conteúdo orientador ou informativo do ordenamento jurídico, como estamos acostumados. Ele tem o sentido de início, começo. Assim, estas normas iniciam o processo de criação ou regulação de uma entidade (ou um órgão, uma instituição), fornecendo seu esquema geral. No entanto, sua materialização e concretização dependem do processo legislativo.

Para distingui-las das normas 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 qual também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo (SILVA, 1998:123).

São exemplos, segundo o autor, deste tipo de norma constitucional na Constituição Federal de 1988:

Art. 33: A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

Art. 88: A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

1.4.3. Normas constitucionais de princípio programático

As normas programáticas são aquelas que carregam em seu conteúdo um princípio, um programa, uma meta. Tem caráter ético-social. Elas trazem em si a finalidade do Estado. Estas normas não requerem do legislador ordinário apenas uma lei. Elas demandam de todos os poderes públicos o estabelecimento e respeito a uma orientação ideológica específica.

(...) 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 deve ser atendido; 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, não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados (SILVA, 1998:83-84).

O autor destaca a relevância deste tipo de norma constitucional pelas seguintes razões: (a) há muitos doutrinadores que ainda negam a juridicidade e obrigatoriedade das normas programáticas; (b) essas normas indicam os direitos sociais elevados a constitucionais, traduzindo a opção ideológica do Estado; (c) traçam as finalidades do ordenamento jurídico posto, e os compromissos políticos e sociais assumidos pelos constituintes.

As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado (SILVA, 1998:141).

O autor destaca que as normas programáticas possuem também eficácia interpretativa, por terem conteúdo ideológico. Assim, servem também como orientação para aplicabilidade das demais normas constitucionais.

Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente (SILVA, 1998:157-158).

Por fim, o autor destaca que as normas programáticas podem demandar uma lei ordinária para atingir sua eficácia plena (obediência ao princípio da legalidade), ouatribuírem a todos os poderes públicos ações destinadas ao atingimento das finalidades previstas.

(...) há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam. 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 (SILVA, 1998:147).

São exemplos, segundo José Afonso da Silva, de normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade na Constituição Federal de 1988:

Art. 7º:São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XI: participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

Art. 7º, XX: proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Neste caso, destacamos o exemplo do art. 37, VII da Constituição brasileira (o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica), que determina que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos da lei. Para José Afonso da Silva trata-se de norma constitucional limitada, ou seja, o direito de greve do servidor público somente poderá ser exercido após a emissão de lei complementar.

Na prática, ‘é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque, se a lei não vier o direito inexistirá; segundo porque, vindo, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto pode ser mais aberta como mais restritiva. Depende da correlação de forças. Por isso, é melhor constar o direito com esses condicionamentos do que não ser constitucionalmente reconhecido (SILVA, 1998:194-195).

Com relação às normas programáticas referidas aos poderes públicos, ou seja, que não estão vinculadas ao princípio da legalidade, o autor destaca o seguinte exemplo na Constituição Federal de 1988:

Art. 48 - Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: IV: planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

Por fim, com relação às normas constitucionais programáticas, José Afonso da Silva as define, resumidamente, da seguinte maneira (SILVA, 1998:164):

Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;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;VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem; o que será visto no capítulo seguinte.

1.4.4. Normas impositivas e facultativas

Cabe salientar que as normas constitucionais de eficácia limitada, segundo José Afonso da Silva, podem ser de dois tipos: impositivas (obrigatórias) ou facultativas ou permissivas (não-obrigatórias).

I – Impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. (...) II – Facultativas ou permissivas, isto é, não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada (SILVA, 1998:126).

São exemplos de norma constitucional de eficácia limita impositiva na Constituição Federal de 1988:

Art. 20: São bens da União:

(...)

§ 2º - A faixa de até cento e cinqüenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Art. 3º; § 4º - Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar.

São exemplos de norma constitucional de eficácia limita facultativa ou permissiva, na Constituição Federal de 1988:

Art. 22, § único: Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Art. 125, § 3º: A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por

Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

1.4.5. Vigência das normas de eficácia limitada

Com relação à vigência das normas constitucionais de eficácia limitada, José Afonso da Silva aponta que estas normas entram em vigor juntamente com a Constituição. O que ocorre, no entanto, é que não podem ter eficácia integral, tendo em vista a falta de lei integrativa. Porém, e segundo o autor, este fato não pode ser utilizado para negar a vigência e a juridicidade deste tipo de norma.

A norma constitucional dependente de legislação também entra em vigor na data prevista na constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência da lei integrativa. A distinção não é acadêmica. Tem consequências práticas de relevo. Pois tais normas, desde que entram em vigor, são aplicáveis até onde possam, devendo notar-se que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão-só para aperfeiçoamento de sua aplicabilidade (SILVA, 1998:130).

Esta afirmação tem bastante relevância, pois as normas de eficácia limitada, embora não possuam sua eficácia plena, são aplicadas em alguns (e importantes) casos, principalmente proibindo posturas legislativas contrárias às orientações incluídas nas normas constitucionais, acarretando importantes efeitos jurídicos, como aponta José Afonso da Silva (SILVA, 1998:132):

Daí já podemos fixar uma primeira orientação sobre a eficácia dessas normas constitucionais: a) se não confirmativas de situação jurídica preexistente, esta permanece reconhecida, como era, até que a lei integrativa lhe imponha a alteração prevista; b) se traçam esquemas novos, revogam normas jurídicas preexistentes, instituidoras de situações contrárias ao princípio nelas consubstanciado, e a situação nova só será validamente configurada com a promulgação da lei integrativa; c) se traçam esquema contrário a situações preexistentes, também invalidam as normas agasalhadoras dessas situações, e a nova situação somente poderá começar a ser formada com a promulgação da lei integrativa.

Até mesmo as normas de eficácia limitada permissivas produzem efeitos jurídicos relevantes, antes mesmo da promulgação (SILVA, 1998:134):

São permissivas, mas não destituídas de eficácia, pois limitam a ação do titular da permissão, o que prova que são dotadas de imperatividade, porquanto, dadas as circunstâncias de sua incidência, obrigam determinado comportamento.

Sobre as normas instituidoras de direitos fundamentais, José Afonso da Silva atesta que (SILVA, 1998:165):

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, 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.

1.4.6. Principais polêmicas

Como visto, as normas constitucionais de eficácia limitada necessitam de uma legislação integrativa para que surtam seus efeitos jurídicos. Este tipo de norma, para José Afonso da Silva, não tem a possibilidade de ser aplicada imediatamente, e na sua integralidade, pois falta um instrumento (o meio) para a sua efetivação.

Esta afirmação acaba gerando algumas dúvidas, ou polêmicas. Por exemplo: (a) qual o prazo para elaboração da lei integrativa prevista na Constituição?; (b) não cumprido o prazo, o que acontece?; (c) é possível coagir, de alguma maneira, o órgão responsável pela elaboração da norma?; e (d) O que fazer quando a norma prevista constitucionalmente não for elaborada pelo órgão responsável?

Vamos tentar responder estas questões a partir da doutrina de José Afonso da Silva.

Com relação ao prazo para elaboração da lei integrativa necessária para possibilitar a aplicabilidade imediata de uma norma constitucional (e consequentemente sua eficácia plena), o autor destaca que em alguns casos a própria Constituição determina um prazo certo para a promulgação da lei ordinária.

Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei regulamentadora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e afins da Constituição Italiana (SILVA, 1998:128).

A questão que se impõe, neste contexto, é “(...) qual a natureza da obrigação constitucional imposta ao legislador no sentido de emitir normas integrativas?”(SILVA, 1998:

128). José Afonso da Silva admite que não há como “(...) constrainter o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhes é prefixado prazo” (SILVA, 1998:128).

A não edição da lei poderá ser considerada inconstitucional, dando ensejo à ação de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do art. 103, § 2º da Constituição Federal de 1988. No entanto, a declaração de inconstitucionalidade com ciência ao legislativo não resolve definitivamente o problema, pois o mesmo não se vê compelido, apenas com a ciência, à elaboração da lei ordinária necessária.

(...) a mera ciência ao Legislador pode ser ineficaz já que ele não está obrigado a legislar, porque, nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto (SILVA, 1998:129).

Certamente que, tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar, especialmente após o reconhecimento jurisdicional dessa constitucionalidade, tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica (SILVA, 1998:129).

O mandado de injunção seria uma forma de possibilitar a aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada. Porém, o STF, segundo o autor, reduziu a possibilidade de tal requerimento.

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 de inconstitucionalidade por omissão (SILVA, 1998:165-166).

Portanto, há hipóteses em que a Constituição estabelece prazo para a elaboração de norma integrativa. Em outros casos não a previsão temporal. No entanto, caso a norma integrativa não venha a ser elaborada, pouco há de se fazer: apenas a declaração de inconstitucionalidade por omissão pode ser solicitada.

1.5. As críticas de Virgílio Afonso da Silva

Virgílio Afonso da Silva, na sua obra *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, criticou a classificação de José Afonso da Silva, conforme itens apresentados a seguir.

a) *O problema terminológico:*

Crítica: a norma de eficácia contida tem aplicabilidade imediata e eficácia plena desde o momento de sua promulgação, podendo futuramente ter seus efeitos contidos. Neste sentido, melhor seria usar os termos *normas contíveis, restringíveis ou reduzíveis* do que *contida*.

(...) seria mais correto falar em normas contíveis, restringíveis ou reduzíveis, o que exprimiria melhor o fato de que a eficácia da norma em questão não é necessariamente contida ou restringida, havendo apenas uma possibilidade dessa ocorrência. Essas normas seriam, assim, ‘normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, mas restringíveis pelo legislador (SILVA, 2010: 220).

Resposta: José Afonso da Silva lembra que desenvolveu sua classificação em 1946, num momento em que os direitos individuais eram bastante restritos e contidos. Assim, quando uma norma constitucional trazia a possibilidade de contenção, esta possibilidade era na verdade um fato.

b) O problema classificatório:

Crítica: as normas de eficácia plena e contida são de aplicabilidade imediata. Assim, estamos diante de duas espécies de um mesmo gênero. O correto seria, então, dividir as normas constitucionais da seguinte maneira (classificação sugerida, segundo Virgílio A. da Silva, por Manoel Gonçalves Ferreira): (i) normas constitucionais de eficácia plena, que se subdividem em (a) normas constitucionais de eficácia plena propriamente dita; (b) normas constitucionais de eficácia plena, mas restringíveis; e (ii) normas constitucionais de eficácia limitada.

(...) parece que, de fato, estamos diante de duas normas do mesmo gênero, ainda que eventualmente de espécies distintas (SILVA, 2010: 222).

Resposta: para José Afonso da Silvapouco importa se as classificações em *norma de eficácia plena* e *norma de eficácia contida* tratam de subespécies de eficácia, pois o importante é reconhecer que há diferenças entre as duas classificações.

c) O problema existencial:

Crítica: a classificação de José Afonso da Silva se baseia num pressuposto falho de que há normas constitucionais restringíveis e não restringíveis. Na verdade todas as normas constitucionais podem ser restringíveis.

(...) todas as normas constitucionais podem ser restrinidas pela legislação ordinária. Se isso é assim, fica claro que não é possível e não faz sentido distinguir entre as normas que podem e as que não podem ser restrinidas. (...) ao menos em princípio, inexiste direito fundamental (...) completamente imune a toda e qualquer limitação (SILVA, 2010: 223).

Por outro lado, e segundo o autor, não existe norma constitucional que tenha eficácia plena sem e edição de normas regulamentadoras.

(...) sem regulamentação, sem intervenção estatal, nem mesmo a norma que garante um direito individual ou uma liberdade pública tem capacidade de produzir esses efeitos (SILVA, 2010: 236).

Resposta: de acordo com José Afonso da Silva a regulamentação de uma norma constitucional não é uma restrição, pelo contrário, trata-se de uma ampliação da normatividade.

O autor defende que as normas de eficácia plena podem ser regulamentadas, mas nunca restrinidas. A restrição só pode ocorrer mediante autorização constitucional. Destaca que a afirmação de Virgílio Afonso da Silva é bastante perigosa ao advogar que todas as normas da Constituição podem ser restriníveis por legislação ordinária, tirando, assim, toda a força construída historicamente das normas constitucionais. Trata-se, na verdade, de forte influência da doutrina alemã, não aplicável diretamente à nossa realidade.

d) Observação relevante:

Virgílio Afonso da Silva destaca, por fim, um fato importante: a existência de normas constitucionais de eficácia limitada (ou seja, a adoção da classificação clássica) justifica a não aplicabilidade de determinados direitos sociais, pois não há como obrigar o legislativo a legislar. Neste contexto, a inconstitucionalidade por omissão não passa de uma declaração do judiciário, que não vincula o legislativo, muito menos garante a exigibilidade do direito garantido pelas tais normas constitucionais de eficácia limitada.

O estudo da chamada inconstitucionalidade por omissão, que teve seu auge nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988, sofreu acentuado declínio nos últimos anos. A hipótese que pode ser formulada, neste ponto, é a seguinte: esse declínio está intimamente associado à idéia de norma de eficácia limitada. Se norma de eficácia limitada é aquela que depende de intervenção e regulamentação por parte do legislador ordinário (e também do Poder Executivo), e se ‘não é possível obrigar o legislador a legislar’, pouco poderia ser feito nesse âmbito. Quase toda a jurisprudência do STF resume-se a esse raciocínio. Ou seja: sempre que se recorre à

idéia de normas de eficácia limitada ou normas programáticas, o resultado já é conhecido: só resta aguardar a ação dos Poderes Públicos (SILVA, 2010: 250).

A observação do professor Virgílio Afonso da Silva é bastante importante, e parece tocar no ponto nevrálgico da teoria de José Afonso da Silva: se admitirmos a existência das normas constitucionais de eficácia limitada, estaremos justificando a não aplicabilidade de determinadas normas constitucionais, pois não há instrumentos jurídicos que possam obrigar o legislador à elaborar lei integradora.

Neste contexto, estaríamos diante de uma formulação teórica com desastrosa implicação prática: a possibilidade de recusa fundamentada da eficácia jurídica de uma norma constitucional em decorrência da omissão legislativa.

2. OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

Na obra *Curso de Direito Constitucional*, o professor Paulo Bonavides apresenta distintas classificações desenvolvidas para as normas constitucionais. Destaca que os juristas italianos se dedicaram à questão, e inicialmente desenvolveram uma classificação binária: por um lado têm-se as normas programáticas, e de outro as normas preceptivas (jurídicas).

O problema desta classificação, segundo o autor, é que as primeiras normas (programáticas) não possuíam efeito vinculante, ou seja, eram desprovidas de juridicidade.

Em consequência, as primeiras, não dispondo de verdadeiro valor normativo, conforme um falso entendimento teórico, acabariam reduzidas a simples noções, idôneas para exprimir a filosofia do poder, não propriamente o fundamento jurídico da ordem constitucional (BONAVIDES, 2007: 238).

A diferença entre norma programática e preceptiva foi justificada de formas distintas pelos doutrinadores italianos. Uns defendiam que a diferença residia no destinatário. Assim, as normas programáticas tinha por destinatário o legislador, enquanto que as normas preceptivas tinham por destinatário os cidadãos e os juízes.

Outra forma de explicar a classificação proposta era por meio do objeto. Assim, as normas programáticas tinham por objeto os comportamentos estatais, enquanto que as preceptivas tinham por objeto as relações privadas.

Por fim, as normas constitucionais eram classificadas em razão de sua natureza. Assim, havia normas constitucionais abstratas e incompletas (programáticas), por um lado, e

normas concretas e completas (preceptivas), por outro, passíveis, estas últimas, de aplicação imediata.

Paulo Bonavides destaca, ainda, uma classificação bastante tradicional entre nós: a americana. As normas constitucionais seriam, de acordo com esta doutrina, divididas em dois tipos: as normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis, e as normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis.

A respeito desta classificação, desenvolvida por Cooley, André Ramos Tavares destaca o que segue (TAVARES, 2009: 92-93):

Uma norma constitucional afigura-se como self-executing ou auto exequível se prover (ao destinatário) todos os meios necessários para que o direito previsto seja aproveitado e protegido.

Caso contrário, ter-se-á uma norma não auto-exequível ou not self-executing, a qual, em razão da inexistência de meios (referências normativas) suficientes para a sua efetiva aplicação, quedará em um estado de dormência, no máximo, quiçá, como uma força moral, até que a legislação infra-constitucional lhe conceda as provisões capazes de torná-la aplicável, fruível.

Em detrimento da força da classificação americana, Paulo Bonavides destaca que as doutrinas mais influentes na modernidade foram as desenvolvidas por Azzaritti, Crisafulli, Pierandrei e (no Brasil) José Afonso da Silva.

Segundo Paulo Bonavides, Azzaritti separou as normas constitucionais em três categorias: (1) normas diretivas (não jurídicas, pois não possuem efeitos jurídicos); (2) normas preceptivas de aplicação direta e imediata; (3) normas preceptivas de aplicação direta e não imediata.

Crisafulli, por sua vez, classificou as normas constitucionais da seguinte maneira: (1) normas programáticas: possuem eficácia obrigatória e imediata “(...) sobre os comportamentos estatais” (BONAVIDES, 2007:243), produzem efeitos jurídicos; (2) normas imediatamente preceptivas ou constitutivas; (3) normas de eficácia diferida.

Paulo Bonavides destaca que Crisafulli foi um importante defensor da eficácia jurídica das normas programáticas. Segundo o autor, estas normas programáticas são dirigidas aos órgãos estatais, em especial ao legislativo, estabelecendo verdadeira obrigatoriedade aos mesmos. Desta forma, não há como negar juridicidade a esta espécie de norma constitucional.

Ademais, afirma Crisafulli que o legislador, ao elaborar normas infraconstitucionais, devem obrigatoriamente respeitar o conteúdo das normas programáticas, suas orientações, suas diretivas. São proibidas normas que contradizem o conteúdo das normas constitucionais

programáticas. Este fato comprova a existência de eficácia jurídica das normas programáticas, eficácia esta negada por muitos autores precedentes.

Pierandrei, por fim, distinguiu as normas constitucionais em: (1) constitutivas de eficácia imediata; (2) normas constitutivas de eficácia diferida; (3) normas programáticas (orientações para evolução e produção de normas infraconstitucionais).

André Ramos Tavares destaca ainda a classificação desenvolvida por Zagrebelsky. Haveria, segundo o autor: (1) normas de eficácia direta; e (2) normas de eficácia indireta, ou seja, dependentes de legislação futura. Este último tipo de norma foi subdividido em (2.1.) normas de eficácia diferida ou de organização; (2.2.) normas de princípio ou de orientação geral; (2.3) normas programáticas, que expressam a finalidade do ordenamento jurídico.

Além das classificações já apresentadas, André Ramos Tavares destaca mais duas classificações desenvolvidas pela doutrina brasileira: a primeira desenvolvida por Celso Bastos e Carlos Ayres Britto; e a segunda por Luís Roberto Barroso.

Segundo André Ramos Tavares, Celso Bastos e Carlos Ayres Britto dividem as normas constitucionais em: (i) normas de aplicação (aplicabilidade imediata), sendo estas divididas em (a) normas irregulamentáveis, que não podem ser reguladas por legislação ordinária; (b) normas regulamentáveis, que podem ser regulamentadas por legislação ordinária; (ii) normas de integração (aplicabilidade mediata), sendo divididas em (a) normas complementáveis, e que necessitam de lei ordinária para sua aplicação plena; (b) normas restrin veis, ou seja, “(...) demandam uma complementação normativa para restringir o campo de incidência da norma constitucional” (TAVARES, 2009:97).

André Ramos Tavares destaca ainda a classificação de Lu s Roberto Barroso, que divide as normas constitucionais em: (1) normas constitucionais de organização; (2) normas constitucionais definidoras de direitos (direitos fundamentais: individuais, pol ticos, sociais e difusos); (3) normas constitucionais program ticas (fins sociais).

As normas constitucionais definidoras de direitos sociais, por sua vez, s o subdivididas em tr s categorias. S o elas (TAVARES, 2009: 98):

(...) (i) aqueles que geram situa es prontamente desfrut veis, dependentes apenas de uma absten o; (ii) os que ensejam a exigibilidade de presta es positivas do Estado; e (iii) os que contemplam interesses cuja realização depende da edi o de norma infraconstitucional integradora.

André Ramos Tavares destaca que as normas do tipo (i) são aquelas que se relacionam aos direitos individuais; as normas do tipo (ii) dizem respeito aos direitos sociais que devem ser realizados e prestados pelo Estado, como aposentadoria. São exigíveis e a não prestação é constitucional. As normas do tipo (iii) são aquelas que necessitam da elaboração de lei infraconstitucional para sua aplicação imediata, como, por exemplo, o direito de participação nos lucros.

Ingo W. Sarlet aborda a “problemática da eficácia das normas constitucionais em geral no âmbito do direito constitucional brasileiro” (SARLET, 2012:242) a partir da classificação dos seguintes autores: Ruy Barbosa, Meireles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos & Carlos Ayres Britto, Maria Helena Diniz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso.

Destaca Ingo W. Sarlet que, apesar de diferentes, as mencionadas classificações possuem alguns pressupostos em comum: (1) a crença de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, mesmo que em níveis distintos: não há norma constitucional destituída totalmente de eficácia; e (2) há normas constitucionais que não podem gerar imediatamente todos os efeitos jurídicos previstos, necessitando, assim, de regulamentação.

Com efeito, todos os autores citados partem da premissa de que inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficacial das normas constitucionais. Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas normas de eficácia limitada ou reduzida (SARLET, 2012:251).

Verificamos, a partir de todo o exposto, que as classificações mais modernas admitem a juridicidade de todas as normas constitucionais, mas reconhecem que há algumas que necessitam de lei ordinária para ter sua aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Voltamos, então, às questões já apresentadas inicialmente, e ao problema apontado por Virgílio Afonso da Silva na crítica a teoria de José Afonso da Silva: se admitirmos a existência das normas dependentes de legislação ordinária, estaremos justificando a não aplicabilidade de determinadas normas constitucionais?

André Ramos Tavares, a este respeito, apresenta importante crítica à ideia de que a aplicabilidade de algumas normas constitucionais estaria à mercê da vontade legislativa. Vejamos o que diz o autor (TAVARES, 2009: 101):

Há uma tomada de consciência no sentido de que as normas programáticas não são implementadas por força de decisões essencialmente políticas. Se é certo que se reconhece o direito à discretionariedade administrativa, bem como à conveniência e oportunidade de praticar determinados atos, não se pode tolerar o abuso de direito que se tem instalado na atividade desempenhada pelos responsáveis por implementar as chamadas normas programáticas. Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarrecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente reiterativos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado comandos reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade.

A incidência dessa teoria no âmbito dos princípios encontra-se implicitamente alinhada à concepção de primazia do Poder Legislativo e de impotência do Judiciário. Levada ao extremo, não aceita a possibilidade de concretização de certos comandos constitucionais por parte do Judiciário, por isso defende a ideia de que certas normas da Constituição (vigente!) estariam fora da esfera de manejo judicial legítimo (seriam não-justificáveis, como se tornou corrente afirmar), fazendo depender a concretização da Constituição da vontade exclusiva e arbitrária do Legislador, invertendo o postulado da constitucionalidade e a responsabilidade cometida ao próprio Judiciário pela realização constitucional em um país que ainda está a consolidar muitas de suas instituições democráticas.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STF

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a classificação de José Afonso da Silva em muitas de suas decisões. Os acórdãos que citam a classificação de José Afonso da Silva não são antigos. A ADI 3965/ MG, julgada em 07/03/2012 (Relatora: Carmem Lúcia), traz na sua ementa (item 2) o termo *norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata*. Os embargos de declaração recebidos como recurso de agravo (RE 635023 / DF), julgado em 12/12/2011 (Relator: Celso de Mello), traz no item indexação o termo norma de eficácia contida. Por fim, o termo *norma de eficácia limitada* foi localizado na ementa do agravo

regimental no recurso extraordinário 602912 / RS, julgado em 09/11/2010 (Relatora: Carmem Lúcia).

Cabe destacar, no entanto, que a classificação de José Afonso da Silva nem sempre é utilizada de forma correta pelo STF. Vejamos a Ementa do AI 618986 AgR / SP - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 13/05/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 37, VII. PRECEITO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA CONTIDA. NECESSIDADE DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA.

AGRAVO IMPROVIDO. I - O preceito constitucional que garante o exercício de greve aos servidores públicos é de eficácia contida, de acordo com jurisprudência consolidada desta Corte. II - A eficácia plena do preceito constitucional demanda a existência de norma infraconstitucional que regulamente os efeitos e a forma de exercício deste direito. III - A ausência de lei não conduz a conclusão de que a Administração Pública deveria considerar justificadas as faltas, a ofensa ao texto constitucional, se ocorrente, seria meramente reflexa. IV - Agravo regimental improvido.

O Supremo utilizou o termo “*preceito constitucional de eficácia contida*” para mencionar um direito que necessita “*de norma infraconstitucional que regulamente os efeitos e a forma de exercício*” para ter sua eficácia plena. No entanto, e de acordo com a classificação de José Afonso da Silva, a norma de eficácia contida é aquela que tem aplicabilidade imediata e eficácia plena até que venha uma norma infraconstitucional limitar seus efeitos.

Assim, se os ministros fossem seguir a classificação do autor em questão, ou eles permitiriam o exercício de greve, tendo em vista que a norma é de eficácia contida, ou declarariam que a norma é de eficácia limitada, necessitando de norma infraconstitucional para ter aplicabilidade imediata.

Vamos a outro exemplo: ADI 1232 MC / DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Julgamento: 22/03/1995.

EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMILIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU

IDOSA" DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. . 1. Arguição de constitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite Maximo de 1/4 do saláriomínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao beneficio de um saláriomínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido.

Novamente a norma de eficácia contida foi confundida com norma de eficácia limitada. A ementa menciona que se a lei em questão for suspensa, a norma constitucional voltará a ter eficácia contida, ou seja, ficará dependente de lei integrativa. Como visto a norma de eficácia contida, na classificação de José Afonso da Silva, não depende de norma infraconstitucional para ter sua aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Apesar dos equívocos mencionados, o STF utiliza-se da classificação proposta por José Afonso da Silva de forma adequada. Por exemplo: no RE 185944 / ES, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 17/04/1998, o STF utilizou-se do termo *eficácia limitada* de maneira correta. Vejamos:

GREVE - SERVIDOR PÚBLICO - PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO. Se de um lado considera-se o inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal como de eficácia limitada (Mandado de Injunção nº 20-4/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 22 de novembro de 1996, Ementário nº 1.851-01), de outro descabe ver transgressão ao aludido preceito constitucional, no que veio a ser concedida a segurança, para pagamento de vencimentos, em face de a própria Administração Pública haver autorizado a paralisação, uma vez tomadas medidas para a continuidade do serviço.

A partir desta breve apresentação dos julgados do STF podemos verificar, mais uma vez, a pertinência do problema já apontado neste artigo: como garantir o respeito e a aplicabilidade das normas constitucionais que dependem de lei ordinária frente à omissão legislativa?

Lembramos que o mandado de injunção foi citado por Ingo W. Sarlet e José Afonso da Silva como importante instrumento para a eficácia das normas constitucionais limitadas (além de muitos outros autores). Vejamos então como o STF recebeu esta ação constitucional.

As primeiras decisões do STF deram ao mandado de injunção um contorno de ação declaratória, aproximando este instituto da ação direta de inconstitucionalidade. Nas palavras André Ramos Tavares (TAVARES, 2009: 976):

O Supremo Tribunal Federal, aplicando o instituto, concedeu-lhe contorno bastante acanhado. Entendeu, inicialmente, que o mandado guarda similitude com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com o que a procedência leva apenas à comunicação do Poder responsável de sua omissão, e da necessária adoção de medidas que supram a falta cometida, ou, no caso de se tratar de órgão da Administração, a decisão importa sua atuação em até trinta dias.

Francisco Antônio de Oliveira também destaca que o STF limitou-se, em seus julgados em sede de mandado de injunção, a certificar a omissão legislativa, postura esta diversa da defendida por grande parte da doutrina.

A natureza declaratória do mandado de injunção, fixada pelo STF no julgamento do MI 107-DF, não traduz o posicionamento de todos os membros da Casa. Carlos Augusto Alcântara Machado destaca que o jurista Alexandre de Moraes identificou duas correntes interpretativas existentes entre os ministros do STF: concretista e não concretista.

A posição não concretista defende que o mandado de injunção tem por finalidade apenas a certificação da omissão e a notificação ao órgão omissivo para que tome as providências necessárias (posição firmada pelo STF no MI 107).

A posição concretista, por sua vez, defende que a decisão é constitutiva. Neste sentido, deve-se garantir o exercício do direito violado por falta de norma, até que esta seja elaborada. Esta posição, no entanto, pode ser subdividida em geral (efeitos *erga omnes*) e individual (efeitos *inter partes*). A posição concretista individual pode ser subdividida, por fim, em direta (permite o exercício do direito imediatamente) e indireta / intermediária (prevê um prazo para a elaboração da norma; na falta da elaboração da norma neste prazo autoriza a fruição do direito).

O posicionamento fixado no MI 107 (decisões de natureza meramente declaratória) foi ao longo do tempo alterado pelos membros do STF: os julgados começaram a estabelecer prazo certo para a elaboração da lei, e a possibilidade de ação indenizatória em caso de não

cumprimento da ordem no prazo estabelecido. De acordo com André Ramos Tavares (TAVARES, 2009: 976):

Mais recentemente, a Corte Suprema tem entendido que, variando de acordo com a natureza da norma que necessita da regulamentação legislativa, o Poder Judiciário poderá determinar o Direito a ser aplicado para a situação concreta que lhe foi submetida (foi o caso da imunidade prevista no art. 195, § 7º, da Constituição), ou mesmo fixar um prazo certo para a edição da medida necessária, e, em caso de desatendimento deste, assegurar ao interessado direito à indenização pela impossibilidade de exercício ou concretização de um direito que lhe é constitucionalmente assegurado.

Carlos Augusto Alcântara Machado afirma que esta mudança de posicionamento pode ser verificada em vários julgamentos (MI 232, MI nº 283, MI nº 284 e MI nº 447-1), e possui três características principais: as decisões reconhecem a omissão legislativa, fixam prazo para a elaboração da norma reguladora ausente, e asseguram a possibilidade de ação de indenização caso a norma não seja elaborada no prazo fixado.

Em 2008, o STF mudou novamente de posição em razão da falta de eficácia das decisões proferidas até então. No MI 712-8 o ministro Eros Grau admite que várias foram as decisões do STF que versaram sobre a questão da greve de servidores públicos e que não foram cumpridas, pois mesmo com a certificação da ausência da norma, o legislativo não a elaborou.

O ministro Celso de Mello, no âmbito do mesmo MI, defendeu a mudança de posicionamento do Supremo. Nas palavras do ministro (mandado de injunção n.º 712-8/PA, DJe nº 206 Divulgação 30/10/2008 Publicação 31/10/2008. Ementário nº 2.339-3. Rel. Eros Graus):

Esse entendimento restritivonão mais pode prevalecer, sob pena de se esterilizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção, que deve ser visto e qualificado como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Congresso Nacional, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

A partir do exposto, a mudança de postura dos ministros parece ter origem no descaso do legislativo frente a elaboração da norma que regulamenta o direito de greve dos servidores. Ou seja, após 18 anos de inércia legislativa com relação ao direito de greve dos servidores

públicos, e após 12 anos de decisões ineficazes do STF sobre esta questão (decisões que apenas certificaram a omissão legislativa, de natureza declaratória), os ministros decidiram reagir: mudaram o entendimento com relação à natureza da decisão nos mandados de injunção, que passaram de meramente declaratórias para normativas.

Os debates reproduzidos a seguir, realizados em sede do MI 712-8, comprovam esta afirmativa:

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Já demos. Há essa série de mandados de injunção, em relação ao direito de greve do servidor público que já decidiram e aplicaram a solução ortodoxa do MI 107. Então, o Congresso já está suficientemente notificado, há anos, desta mora agravada em que incorre.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Ministro Sepúlveda Pertente, o Ministro Celso de Mello está lembrando aqui que estamos há 18 anos da decisão constitucional e há 12 anos da decisão do Mandado de Injunção nº 20.

O Senhor Ministro Celso de Mello: Começo o meu voto exatamente demonstrando a gravidade dessa inércia em que incidiu, de modo altamente lesivo à comunidade de servidores públicos civis, o Congresso Nacional. (...)

O Senhor Ministro Carlos Britto: A pior das omissões é a nossa. Não podemos responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Ou de eficácia nenhuma, a essa altura. (...)

O Senhor Ministro Carlos Britto: É preciso que a nossa decisão seja de eficácia plena.

Em detrimento das críticas realizadas pela doutrina, após a tão discutida decisão sobre a greve dos servidores públicos, o STF continuou a emanar decisões em sede de mandado de injunção com natureza normativa. A respeito da aposentadoria especial (art. 40, § 4º da Constituição, ainda não regulamentado), o STF declarou a omissão e garantiu o exercício do direito aos impetrantes (MI 721/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.08.2007):

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade

considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador.

A partir do exposto, temos a seguinte questão: em alguns casos o mandado de injunção superou a restrição imposta pela norma de eficácia limitada que não possui lei integrativa, forçando a sua aplicabilidade mesmo quando da existência de omissão legislativa. Neste sentido, podemos entender que o mandado de injunção é um instrumento de aplicabilidade imediata das normas constitucionais de eficácia limitada?

Para responder esta questão utilizaremos um caso concreto: no MI 765 os impetrantes alegam que a ausência de norma regulamentadora da atividade de promoção e administração de sorteio de bingos ofende o direito de livre exercício profissional desta categoria. A ministra Ellen Gracie negou provimento ao mandado de injunção em decorrência da falta de pressuposto essencial: indicação do dispositivo constitucional que enuncie o direito à regulamentação, nos termos da decisão proferida pelo ministro Celso de Mello no âmbito do MI 623.

No MI 623 o ministro Celso de Mello declara que é pressuposto do mandado de injunção a previsão constitucional do dever estatal de elaborar norma legal. Portanto, para a utilização do mandado de injunção a norma regulamentadora não elaborada tem que estar prevista também na Constituição, ou basta que sua ausência torne o direito fundamental não-aplicável?

Parece que o STF optou por restringir a possibilidade de impetração do mandado de injunção, obrigando que a norma ausente também esteja prevista na Constituição como obrigatória. Nas palavras do ministro de Celso de Mello (Julgamento do mandado de injunção n.º 623 - Decisão de 30/11/2000 - Publicada em 07/12/2000. Min. Rel. Celso de Mello):

É preciso ter presente, portanto, que o direito à legislação só poderá ser invocado pelo particular, quando também existir, formalmente imposta pelo próprio texto constitucional, a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função instauradora da ordem normativa refletir, por efeito de determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável do Poder Público.

Desse modo, para que possa atuar a norma pertinente ao remédio processual do mandado de injunção, é essencial que se estabeleça necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídica de emanar provimentos legislativos, não se torna possível imputar comportamento moroso ao Estado.

Concluímos, assim, que o mandado de injunção é uma importante ação para garantir a aplicabilidade imediata e a eficácia plena de direitos fundamentais previstos constitucionalmente, e que necessitem de norma infraconstitucional.

No entanto, este instrumento não garante a aplicabilidade de todas as normas constitucionais de eficácia limitada, permanecendo, assim, a problemática apontada: como garantir o respeito e a aplicabilidade das normas constitucionais que dependem de lei ordinária frente à omissão legislativa?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No item 1 deste artigo apresentamos a classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva, e as críticas desenvolvidas por Virgílio Afonso da Silva à esta classificação. Destacamos, ao final da análise, que a teoria de José Afonso da Silva poderia fornecer uma fundamentação teórica para a não aplicabilidade de uma norma constitucional, tendo em vista a inércia legislativa proposital.

Podemos verificar este fato com a questão do direito de greve dos servidores públicos. A Constituição impõe que a greve deve ser realizada nos termos da lei, mas como não há lei elaborada, por muitos anos os servidores públicos foram impedidos de exercerem o seu direito de greve. Evidentemente, a lei não foi elaborada por questões políticas, demonstrando verdadeira inércia do Congresso, além de um afrontoso descaso com a Constituição Nacional.

No item 2 deste artigo apresentamos outras classificações das normas constitucionais, utilizando-se como base a doutrina dos professores André Ramos Tavares, Paulo Bonavides e Ingo Wolfgang Sarlet. Ao final, percebemos que todas as classificações têm dois pontos em comuns: admitem alguma eficácia a todas as normas constitucionais, mas, por outro lado, admitem que existem normas que dependem da atuação legislativa para sua eficácia plena.

Voltamos, assim, a mesma questão: as classificações tradicionais das normas constitucionais acabam por justificar a não aplicabilidade de alguns preceitos constitucionais. André Ramos Tavares, neste contexto, apresenta duras críticas à possibilidade de não realização da Constituição em decorrência da omissão e/ou inércia legislativa.

No item 3 deste artigo, por fim, vimos que o STF utiliza-se bastante da classificação das normas constitucionais elaborada por José Afonso da Silva. Verificamos que em muitos casos o STF afastou a aplicabilidade da norma em razão da falta de lei ordinária integrativa.

Mas analisando a jurisprudência, verificamos um avanço: o mandado de injunção passou a ser visto como instrumento importante para garantir a aplicabilidade de direitos fundamentais dependentes de legislação ordinária. Por outro lado, esta ação não garante a aplicabilidade de todas as normas constitucionais de eficácia limitada, ficando algumas temáticas ainda à mercê da vontade legislativa.

A partir do exposto, retomamos ao enfrentamento das questões apresentadas no item 1: [a] qual o prazo para elaboração da lei integrativa prevista na Constituição? [b] não cumprido o prazo, o que acontece? [c] é possível coagir, de alguma maneira, o órgão responsável pela elaboração da norma? e [d] o que fazer quando a norma prevista constitucionalmente não for elaborada pelo órgão responsável?

Com relação à questão [a] não há prazo fixo para a elaboração de lei integrativa. Mesmo que a Constituição estabeleça um prazo (questão [b]), como não há sanção prevista, o termo não possui eficácia jurídica e obrigatoriedade.

Sobre a questão [c], não há como coagir o processo legislativo. O STF emanou decisões estabelecendo prazos e responsabilidades ao Estado pela não elaboração de lei integrativa (no caso da greve de servidor público). No entanto, o Congresso até hoje não elaborou tal norma, demonstrando total desrespeito à Constituição, aos direitos dos servidores públicos e às decisões do STF.

Por fim, enquanto a lei integrativa não for elaborada, pode-se combater este abuso com o ingresso de um mandado de injunção ou de uma ação de inconstitucionalidade por omissão. Os efeitos de tais ações no STF ainda são bastante tímidos, apesar das críticas ferozes direcionadas aos ministros do STF, que supostamente estão ofendendo o princípio da separação dos poderes ao emitirem decisões de caráter obrigatório. Mas haveria ofensa maior num Estado Democrático de Direito do que a não aplicação da Constituição?

Gostaríamos de destacar, por fim, a tese de Walter Claudio Rothenburg: *a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, que nos parece bastante adequada neste contexto (ROTHENVBURG, 2005: 209).

A falha de atuação no sentido de plena realização constitucional pode provocar, sob o ângulo político e sociológico, uma perda de legitimidade do sujeito e, princípio investido pela constituição, abrindo espaço para a emergência de outros sujeitos dispostos a resgatar essa legitimidade em seus diversos modos de manifestação.

Atualmente, mostram-se os órgãos judiciais incumbidos do controle de constitucionalidade, com a utilização de técnicas modernas de decisão, os mais aptos a proceder à alteração de competências, apresentando-se este cambio como alternativa eficaz de sanção contra o descumprimento da constituição.

5. BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21^a ed. Editora Malheiros. São Paulo: 2007.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição. 2º edição, São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Mandado de Injunção. Da inconstitucionalidade por omissão. Enfoques trabalhistas e Jurisprudência. 2º edição revistam atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Editora livraria do advogado. São Paulo: 2012.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3^a ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2010.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7^a ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2009.
- Jurisprudência do STF: www.stf.jus.br

Constituição Federal de 1988.