

A NORMA CONSTITUCIONAL

NAGIB SLAIBI FILHO

Professor da EMERJ e da UNIVERSO. Desembargador do TJ/RJ

1. DISPOSITIVO OU TEXTO E NORMA

A Constituição não se resume ao seu escrito, à sua expressão gráfica, à sua letra ou ao conjunto de dispositivos em que se articula.

A Lei, quando a ela o jurista se refere como substantivo próprio, não se esgota no dispositivo, no texto gráfico, no significado, na interpretação meramente literal ou gramatical.

O Direito está muito além da Lei assim como a Constituição está muito além do papel que a expressa.

Dispositivo ou texto é o significante ou o enunciado que expressa o comando, de onde o mesmo é extraído, como, por exemplo, o constante no art. 5º, L, ao dispor que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (de onde se extrai norma de proteção ao lactente e não de proteção à lactante) ou o disposto no art. 121, *caput*, do Código Penal (matar alguém. Pena: de 6 a 20 anos de reclusão) ou o símbolo **proibido fumar**.

A norma é a regra de conduta que se extrai do dispositivo, como, nos mencionados dispositivos, as normas *não matarás* e *não fume*.

Inconfundíveis os dispositivos constitucionais em relação às normas constitucionais: aqueles simplesmente indiciam estas, dão o roteiro do início de sua compreensão.

O escrito, ou o dispositivo, *não matarás*, pretende impor uma conduta que considera essencial para a vida social e para o retorno do homem à divindade.

Mas a norma jurídica não se confunde com tal comando, porque de tal enunciado podem ser extraídas as seguintes normas: “não mate, salvo em legítima defesa”; “não mate, salvo em estado de necessidade”; “não mate, salvo em caso de guerra”; e “não mate, salvo se for para salvar a parturiente”.

Não se restringe, assim, a norma ao dispositivo; este é a expressão gráfica, o significante; aquela o significado, o comando que se extrai do dispositivo.

Etimologicamente, norma significa esquadro, régua, e revela, no campo do comportamento humano, a diretriz de um comportamento socialmente estabelecido.

Como norma expressa a conduta, o seu núcleo é a palavra que expressa a ação ou a omissão, isto é, o verbo.

Por exemplo, do disposto no art. 5º, LXXVII, da Constituição (“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”), podemos extrair diversas normas:

a) a ação de *habeas corpus* é sempre gratuita, ainda que o impetrante tenha agido de absoluta má-fé;

b) a ação de *habeas data* é sempre gratuita, ainda que o requerente tenha agido de absoluta má-fé;

c) na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania são gratuitos;

d) se não houver lei impondo os ônus do custeio, os atos necessários ao exercício da cidadania são gratuitos.

A norma constitucional pode ser encontrada em um ou mais dispositivos da Constituição, como, por exemplo, o que está no art. 220, § 1º, sobre a liberdade de informação jornalística, a se remeter às disposições concernentes aos direitos fundamentais como limites de extensão da mesma liberdade de informação.

Do disposto no art. 45, § 1º (“O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”), podemos extrair diversas normas, entre outras:

a) o número total de deputados será estabelecido por lei complementar;

b) a representação por Estado e pelo Distrito Federal atenderá à proporção da respectiva população;

a) nenhuma entidade federativa terá menos que oito deputados federais;

- b) a maior entidade federativa terá, no máximo, setenta deputados;
- c) os ajustes serão feitos no ano anterior às eleições.

Contudo, tal dispositivo, por extenso que seja, não foi suficiente para regular todas as condutas quanto a este tema específico, pois dispõe o § 2º do art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que é assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados, em norma que, aliás, não tem caráter transitório, que perdurasse somente por uma legislatura, pois constitui cláusula vedando diminuir a representação que existia quando a Constituição foi promulgada, em 5 de outubro de 1988.

Assim, os dispositivos constitucionais (artigo, inciso, parágrafo, denominação de seção ou capítulo) exigem leitura que não se limita à expressão gráfica.

Veja-se, ainda, o dispositivo do *caput* do art. 227 da Constituição, em que se extraem diversas normas, todas decorrentes do dever da família, da sociedade e do Estado de garantir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade em formação.

Mas as normas constitucionais, como as demais normas jurídicas, estão limitadas por seu caráter de generalidade e abstração, editadas que foram para regular situações futuras que nem sempre são, de plano, previsíveis, e a regular condutas que se perdem na multidão das pessoas a que se destinam.

Por isso as normas jurídicas vão se compor não só de elementos essenciais, como o preceito (a descrever hipotéticos fato ou relação social) e a sanção (a descrição das conseqüências jurídicas caso incida a situação descrita no preceito), como, também, por elementos acidentais, a restringir ou ampliar a normatividade, quer aqueles de elementos descritivos, de pronta apreensão objetiva (como, por exemplo, a expressão criança), quer os elementos sociais (na expressão, por exemplo, *honesto*) ou elementos jurídicos (por exemplo, a expressão *posse*).

1.1. Regras para redação do texto constitucional

O texto constitucional só é documento jurídico quanto ao seu resultado: não é o Direito que rege sua origem, mas a Política.

Os agentes políticos, na busca de soluções conciliatórias, que possam admitir o consenso necessário à aprovação coletiva, principalmente em uma Constituição compromissória, como a de 5 de outubro, muitas vezes impedem o que se poderia considerar como a boa técnica legislativa.

A Nação exigia, depois de quase dois anos de intensos debates pela Assembléia Nacional Constituinte, a urgente promulgação da Constituição, pelo que não se podia mais retardar nem os acordos políticos nem a redação do texto - a própria supremacia da Constituição impediu que a mesma fosse burilada, em sua linguagem, com o mesmo cuidado e tardar, vale lembrar, com que se escreveu o Código Civil de 1916.

Hésio Fernandes Pinheiro nos ensina:

“A técnica legislativa, tomada em seu sentido lato, envolve todo o processo evolutivo de elaboração das leis, isto é, desde a verificação da necessidade de legislar para um determinado caso até o momento em que a lei é dada ao conhecimento geral.

A técnica legislativa, pois, envolve em seu conceito não só as fases de iniciativa, elaboração, discussão, sanção, promulgação e publicação da lei, mas também se manifesta em todas as operações que em qualquer dessas etapas se verificam.

Na segunda fase, v. g., inclui-se a parte chamada de apresentação ou de redação, que se subdivide em:

a) apresentação formal (redação propriamente dita);

b) apresentação material (disposição do assunto devidamente subdividido ou agrupado)”.¹

Discutindo sobre a técnica de elaboração constitucional, Fran Figueiredo diz que seria até mesmo apropriado falar-se de uma nomografia constitucional. A expressão, de origem grega, vem de **nomos** e **graphos**, ou seja, a arte de redigir leis. E aduz:

*“Esta nomografia constitucional, ou esta arte de redigir as leis constitucionais, é um trabalho eminentemente técnico, exigindo conhecimentos doutrinários e metodológicos sobre a construção normativa. A linguagem constitucional distingue-se da linguagem jurídica, **lato sensu**, pelo teor político que envolve. Os conceitos constitucionais devem exprimir realidades concretas, integrando um conjunto simétrico, não lhes podendo faltar conexão de sentido”*.²

¹ Hésio Fernandes Pinheiro, **Técnica legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil**, Rio de Janeiro, Liv. Jacinto, 1945, p. 15.

² Fran Figueiredo, **Metodologia constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação**, Brasília, Ed. Itamari, p. 110.

A técnica de redação da Constituição de 1988 obedeceu à orientação do Constituinte Bernardo Cabral, seu Relator-Geral na Assembléia Nacional Constituinte que, ao apresentar o Projeto de Constituição “B”, para ser apreciado em segundo turno, teve oportunidade de dizer que se orientou pelas regras regimentais internas e pelas obras de Hésio Fernandes Pinheiro (**Técnica legislativa**) e de José Queiroz Campos (**A arte de elaborar a lei**), além da síntese que José Afonso da Silva fez no **Manual do vereador**.³

Disse mais:

“(....)

1. *O artigo deve enunciar a regra geral sobre um único assunto.*
2. *Exceções, complementos e pormenores constituem matérias para parágrafos, que devem manter íntima relação com o assunto do artigo.*
3. *Em face de sua finalidade, deve-se evitar o emprego, no texto do parágrafo, de expressões como ‘observado o disposto neste artigo ou no caput deste artigo’, ‘no caso, na forma, na hipótese ou nos termos deste artigo’, que só contribuem para tornar o enunciado mais extenso, sem nada elucidar.*
4. *Os textos de artigo ou parágrafo que contenham enumerações ou discriminações extensas devem ser desdobrados em incisos (algarismos romanos), e o destes, na mesma hipótese, em alíneas (letras minúsculas).*
5. *O emprego de incisos ou alíneas não pode implicar quebra de pensamento, isto é, descontinuidade do enunciado, cuja introdução é, sempre, o texto do caput do artigo ou parágrafo.*
6. *Nos agrupamentos de artigos (subseções, seções, capítulos e títulos), há que tomar o cuidado de pôr o artigo no lugar mais adequado, isto é, no segmento com que mantenha maior afinidade.*
7. *Nos artigos que exijam desdobramentos numerosos, devem-se agrupar, tanto quanto possível, os parágrafos, incisos e alíneas sobre assuntos correlatos.*

³ Hoje está em vigor a Lei Complementar nº 95, de 28 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal; o Decreto presidencial nº 2.954, de 29 de janeiro de 1999, estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo.

8. *Disposições transitórias não cabem entre as de caráter permanente e vice-versa.*

9. *Na elaboração do texto de artigo ou de qualquer de seus desdobramentos, evite-se o emprego de ponto ou ponto-e-vírgula intercalares, pois, quando isso ocorre, ou o texto está mal redigido, ou consagra enumeração (caso em que o uso de incisos ou alíneas se impõe), ou enuncia a regra geral acompanhada de complementos ou exceções (hipótese em que se devem usar parágrafos).*

10. *A precisão recomendada pela boa técnica normativa dispensa expressões exemplificativas”.*

Observe-se que não foi possível, na redação final, o cumprimento rigoroso de todas as regras susmencionadas, como se vê, por exemplo, na posição topográfica do § 1º do art. 5º, que se refere a todo o Título II e não só àquele artigo.

2. ELEMENTOS DA NORMA

Além do núcleo da norma, isto é, o verbo que expressa a conduta, a norma dispõe de outros elementos, como o destinatário (a quem se dirige a conduta desejada, como, por exemplo, no art. 34, *caput*, ao se referir à União, ou no art. 227, *caput*, sobre a família, a sociedade e o Estado, nesta ordem).

Ainda em busca da força normativa que ensejará a sua eficácia social, não pode a norma constitucional fugir de conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles que vão permitir ao sujeito concretizante uma margem maior de atuação na busca do seu sentido normativo, como, por exemplo, se vê no art. 144 da Constituição de 1988, onde constam as expressões *ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio*.

Nos conceitos jurídicos indeterminados dilarga-se a discricionariedade do agente concretizador.

Contudo, não se veja, neste alargamento do poder do agente, qualquer malferimento à segurança que todos aspiram encontrar na aplicação da norma constitucional, embora se tenha presente no espírito a possível ocorrência de teratologias como o desvio ou o abuso de poder.

Na verdade, tais campos discricionários representam conceitos amoretadores a permitir, em cada caso, ao sujeito concretizante ultrapassar a

contradição existente entre a generalidade e a abstração da norma jurídica e a concretização e individualização que se esperam da decisão.

A discricionariedade, extraído-se a expressão do campo administrativo, é o poder que a ordem jurídica concede ao agente para escolher entre várias alternativas de conduta, permitindo-lhe, ainda que o deva fazer motivadamente, que dê ao caso concreto a solução mais conveniente dentro daquelas alternativas previstas na norma jurídica.

Não se confunda a discricionariedade com a arbitrariedade - aquela decorre de um campo de atuação delimitado pela ordem jurídica, esta não se limita e até mesmo afronta a norma.

Tem o legislador a maior parcela de discricionariedade concedida pela Constituição, porque somente a ela ele se vincula no seu poder legisferante, enquanto, de regra, o executivo, o juiz e o administrador submetem-se à Constituição e às leis, nessa ordem.

Veja-se, no campo econômico, a ampla margem de atuação deferida ao legislador pelos conceitos indeterminados contidos na denominada constituição econômica, isto é, as normas constitucionais que regulam, certamente de forma bem ampla, as relações de produção, comércio e consumo.

Por que a Constituição se pretende perene, tanto quanto possa, sabe de seu caráter de generalidade e abstração e que está jungida a um determinado tempo histórico, ela mesma concede às suas normas um campo de atuação para os seus agentes de concretização.

Assim, por exemplo, ela permite ampla discricionariedade na formulação das políticas econômicas, propiciando ao cidadão-eleitor não mais uma limitada opção dilemática entre liberalismo e socialismo em suas formas extremadas, mas o poder de escolher, dadas determinadas situações históricas, o grau de maior ou menor intervencionismo do Estado na ordem econômica, permitindo que se alternem governos eleitos, de uma ou outra corrente, sem que se tornem necessárias mutações formais da Constituição, através de sua reforma por emenda ou revisão.

2.1. Princípios e regras ou preceitos

As normas podem conduzir a princípios e a regras ou preceitos.

O princípio é toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, estas efetivamente postas, seja, ao

contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém...⁴ “os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente”.⁵

Já as regras ou preceitos são as normas particulares, dotadas de menor generalidade, que, no entanto, assim como os princípios, apresentam caráter de normatividade, a impor condutas.

É regra ou preceito a norma que se extrai do disposto no art. 226, § 6º, *in fine*, de que o divórcio direto somente pode se dar após a comprovada separação de fato por dois anos.

De um mesmo dispositivo, podem-se extrair princípios e regras; v.g., do disposto no art. 42, § 1º, extrai-se o princípio de que o número de Deputados Federais em cada entidade federativa é estabelecido proporcionalmente à população, e a regra ou preceito de que o maior Estado contará, no máximo, com 70 deputados.

Não se pense que os princípios, pela baixa densidade normativa, como, v.g., homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta⁶ (poderia ser de outra?) Constituição. O princípio tem a sua força normativa, pois tal força é inerente a todas as normas constitucionais.

Como espécies de normas, princípios e regras não perdem o seu caráter de ato de poder, e, em se tratando de norma constitucional, da imperatividade decorrente da supremacia que orna e justifica a existência da Constituição como ato de vontade do titular da soberania, o povo.

Dos princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo.

Os princípios têm alto grau de generalidade, as regras grau relativamente menor de generalidade.⁷

De acordo com o grau de generalidade, classificam-se as normas em princípios e regras; e aqueles podem oferecer diferentes patamares, a começar pelos princípios estruturantes (no dizer de Canotilho) também denominados,

⁴ Crisafulli, Vezio, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 15.

⁵ Crisafulli, Vezio, op. cit., p. 96.

⁶ Veja-se a criticável redação do dispositivo, ao se referir a “esta Constituição”. Por acaso, poderia se referir a outra Constituição?

⁷ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 72, *apud* Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 6ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1996, p. 249.

na Constituição de 1988, como princípios fundamentais (os encontrados no Título I, aliás, com esta denominação); a seguir os princípios gerais, mas específicos, como aqueles referidos no *caput* do art. 37, a reger a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), até chegar aos princípios especiais, regentes de setores mais específicos (como, por exemplo, aqueles referentes à licitação, descritos no art. 37, XXI).

Quanto às regras ou preceitos, são normas que, embora ainda genéricas e abstratas, têm conteúdo de menor abstração, como, por exemplo, a norma decorrente do disposto no art. 45, § 1º, da Constituição de 1988, ao dispor sobre o quantitativo de Deputados Federais para o maior e para o menor Estado.

Não se pense, no entanto, que, embora classificadas pelo grau de generalidade, as normas constitucionais, quer os princípios, quer as regras ou preceitos, estejam separadas ou compartimentalizadas, com âmbito de normatividade perfeitamente delineado; na verdade, inseridas que estão no sistema constitucional, integram-se harmonicamente, e buscam, umas e outras, em relação dialética, implementar o seu âmbito normativo.

2.2. Sistema normativo

A Constituição, quanto aos demais textos legislativos, deles se diferencia pelo caráter de supremacia, mas a eles se iguala porque também, como eles, integra um sistema normativo; neste sentido, retornemos a Canotilho ao afirmar que “o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios”.

É um sistema aberto, porque é dinâmico e receptivo às influências externas.

Nesse aspecto, não se deixe de mencionar a visão positivista a limitar o mundo jurídico ao texto legal, como a muitos parece Kelsen a considerar o sistema normativo como um sistema piramidal de normas jurídicas positivas.

Outros, entre os quais Luhman, visualizam o sistema normativo como um sistema circular e contínuo, de criação que não se esgota no momento da edição do texto, em que cada elemento recebe a sua qualidade normativa de um outro elemento, sem que se possa falar em idéia de prioridade ou de preferência.

A norma constitucional, elemento de um sistema dinâmico, interage com todo o sistema, dispondo, até mesmo, de uma capacidade de aprendi-

zagem para haurir, a cada momento, os significados de outras normas que sejam consentâneos com a realidade fática.

É um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas do poder constituinte, referentes aos valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas jurídicas, a expressar os comandos políticos que conduziram à sua elaboração; porque comandos dotados de politicidade, de tal gênese vai decorrer o seu caráter de essencialidade e mutabilidade.

É um sistema de regras (ou preceitos) e princípios, porque as normas do sistema tanto podem revelar-se através de princípios, como sob a forma de regras.

Dos princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo.

2.3. Conflito de princípios

Constituições democráticas, nascidas de intenso debate e de demorado consenso entre diferentes ideologias políticas, como a Constituição brasileira de 1988, podem expor em seus dispositivos normas que se mostram conflitantes nos valores tutelados, o que se nota pelos princípios que albergam justamente tais valores.

Ouçá-se a voz de Canotilho:

“O fato de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente

incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do 'tudo ou nada'. Assim, por exemplo, se o princípio democrático obtém concretização através do princípio maioritário, isso não significa desprezo da proteção das minorias; se o princípio democrático, na sua dimensão econômica, exige intervenção conformadora do Estado através de desapropriações e nacionalizações, isso não significa que se posterguem os requisitos de segurança inerentes ao princípio do Estado de direito (princípio da legalidade, princípio da justa indenização, princípio de acesso aos tribunais para discutir a medida de intervenção etc.).

.....

A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas de sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito a problemas concretos, designadamente os tribunais (concretização judicial). Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projeções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objetiva dos princípios. Como Dworkin, 'o direito - e desde logo, o direito constitucional - descobre-se, mas não se inventa'".

No mesmo diapasão, os preciosos ensinamentos de Clémerson Merlin Cléve:

"A Constituição contém um 'registro de aprendizagem',⁸ por isso que se comunica continuamente com a realidade histórica. A baixa densidade normativa da Constituição e a alta abstração de seus comandos constituem meios adequados para garantir a constante

evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo o instante a manifestação do poder constituinte derivado. A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional - o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso. A força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade, mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada. Cumpre concordar com Hesse - a Constituição 'a) determina os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e prosseguir a atividade estatal; b) regula o processo de solução de conflitos dentro da comunidade; c) ordena a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; e d) cria os fundamentos e normatiza os princípios da ordem jurídica global'.

...

A doutrina vem procurando definir a Constituição como 'um sistema aberto de princípios e preceitos' (Canotilho). Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral, os preceitos constituem desdobramentos de idéias-sínteses engessadas nas disposições principiológicas. Os princípios, mesmo que implícitos, e inclusive aqueles enunciados no preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São,

⁸ O “registro de aprendizagem” ou a “capacidade de aprendizagem” segundo Canotilho significam a disponibilidade das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.

pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infraconstitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva de legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados. Aliás, também as normas programáticas atuam, pelo menos, essas últimas funções. Daí por que elas operam, no mínimo, uma eficácia negativa, paralisando os ‘efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios’ (Canotilho)”.

2.4. Norma constitucional inconstitucional?

A questão pode ser enfocada sob variados aspectos.

Quanto à distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, este manifesta-se através de emenda (art. 60, § 4º) ou do ato decorrente da revisão (ADCT, art. 3º), em decorrência se admitindo a eventual inconstitucionalidade da emenda constitucional em face da constituição originária. O Supremo Tribunal Federal reconheceu expressamente tal distinção, em sessão plenária de 15 de setembro de 1993, ao proclamar a inconstitucionalidade de dispositivos da Emenda Constitucional nº 3/93, que instituiu o recolhimento do IPMF no mesmo exercício fiscal.⁹

Na visão filosófica do Direito Natural, entendendo que haveria inconstitucionalidade da própria constituição originária quando atentasse contra os princípios ditos naturais, quais sejam aqueles que decorreriam da própria natureza das coisas.¹⁰

⁹ “O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de inconstitucionalidade” (ADIn 466, Pleno, maioria, Celso de Mello, julgada em 03/04/91).

Finalmente, na perspectiva do Direito Positivo, citemos o Professor de Heidelberg, Otto Bachof,¹¹ em trabalho da década de 50, que extrai do próprio texto constitucional uma gradação de valores que, se descumpridos em normas de menor densidade, vulnerariam o sistema constitucional.¹²

Veja-se excerto da obra de Otto Bachof sobre o tema, destacando-se que o próprio título da obra indica que o mesmo não adotou posição que desde logo afirmasse a possibilidade teórica de conflitos entre os valores postos pela própria constituição originária:

“Põe-se, além disso, a questão de saber se também uma norma originariamente contida no documento constitucional (e emitida eficazmente, sob o ponto de vista formal), uma norma criada, portanto, não por força da limitada faculdade de revisão do poder constituído, mas da ampla competência do poder constituinte, pode ser materialmente inconstitucional.

Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesmo. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional de significado secundário, nomeadamente uma norma só formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição: o facto é que por constitucionalistas tão ilustres como Kruger e Giese foi defendida a opinião de que, no caso de semelhante contradição, a norma constitucional de grau inferior seria inconstitucional e inválida”.

O tema foi submetido à cognição do Supremo Tribunal Federal através de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo então Governador Al-

¹⁰ Nesse sentido, Juarez Freitas, **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta**, Petrópolis, Ed. Vozes, 1989.

¹¹ Otto Bachof, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, tradução por José Manuel M. Cardoso da Costa, Ed. Atlântica, [19—].

¹² Os autores europeus, inclusive Canotilho e Jorge Miranda, repudiam tal posicionamento, como reporta Paulo Bonavides, **A Constituição aberta - temas políticos e constitucionais da atualidade**, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1993, p. 281-310, em parecer sobre a ação direta de inconstitucionalidade.

ceu Collares, do Rio Grande do Sul, acoimando norma decorrente do disposto no art. 45, § 1º, a conceder ao Estado de São Paulo 70 deputados federais, a despeito de sua população contar com mais de 33 milhões de pessoas e o eleitorado, mais de 21 milhões, enquanto Estados menores, com pouco mais de 400 mil habitantes e 250 mil eleitores, dispõem de oito vagas na Câmara dos Deputados, o que indicaria a baixa densidade do voto paulista, assim a malferir o princípio geral constante do art. 14, *caput*, de que o voto é igual para todos, o que repristina o princípio ianque *one man one vote*.

Com três votos que acolhiam a ADIn, a maioria, liderada pelo Ministro Moreira Alves, não conheceu da ação, pois o disposto no art. 102, I, “a”, da Constituição somente admite ADIn que contraponha a Constituição originária com atos derivados, mas não ação que tenha por objeto contrastar princípios constantes da própria Constituição originária.

3. VALOR OU OBJETIVIDADE JURÍDICA DA NORMA

A norma tem o seu fundamento, a sua razão de ser, a sua objetividade jurídica.

A norma *não fumar* funda-se na proteção da saúde; a norma que regula a representação dos Estados e do Distrito Federal pelos deputados federais funda-se no equilíbrio imprescindível ao regime federativo.

Toda a norma tem a sua objetividade jurídica ou valor por ela tutelado, ainda que o dispositivo não o expresse diretamente. Por exemplo, do disposto no art. 5º, II, a expressar o princípio da liberdade jurídica (ou da legalitariedade, na expressão de Pontes de Miranda), o valor protegido é o do liberalismo filosófico.

Fundamentam-se os princípios em valores, as regras ou preceitos, em validade.

Eventual conflito de princípios resolve-se no plano axiológico, dos valores que intentam preservar; eventual conflito de regras resolve-se pelo critério de sua validade jurídica, ou de aptidão para produzir os efeitos pretendidos.

Incorre, no entanto, conflito entre princípio e regra ou preceito, porque aquele inspira esta, que dele decorre.

Se aparentemente contraditório o preceito em face do princípio, há que se buscar a interpretação que permita a prevalência do valor que ensejou o princípio.

Daí por que a grande transformação operada neste século pela Ciência Política, da qual o Direito Constitucional é um dos ramos: os valores

postos em nível constitucional ganham ascendência sobre a validade das regras específicas.

Acompanha-se, nesse passo, a transformação do Poder Público, que passa do antigo princípio da legalidade (art. 37, *caput*) para o princípio da legitimidade (art. 70, *caput*); não basta a garantia de ingresso em Juízo (art. 5º, XXXV), exige-se a garantia do processo justo, que muitos extraem do disposto no art. 5º, LVI - hoje não basta o critério objetivo da legalidade para justificar os atos do Poder, exigem todos a legitimidade de sua atuação.

O Estado legal não é suficiente - é necessário que se fundamente na Justiça.

É insuficiente a legalidade para justificar os atos do poder, cujo exercício, porque intenta a alteração de condutas humanas, nem sempre é isento de certo grau de violência.

Não basta a legalidade - como adequação objetiva do ato à norma - para justificar a intervenção do Poder na esfera individual; é preciso muito mais, porque somente se pode admitir a interferência do Poder se ele se apresenta revestido de legitimidade - o sentimento de valoração social de sua utilidade e necessidade.

4. REALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

É insuficiente a Constituição escrita ou textual, posta como consolidação de dispositivos pelo Poder Constituinte, para que tenha validade e eficácia no seu papel de regular as relações políticas e sociais, impondo aos agentes a conduta exigida pela norma.

A Constituição existe, mas só é válida e eficaz se realizada - realizar a Constituição é, assim, o atuar dos agentes públicos, dos entes sociais e dos indivíduos, ainda que isoladamente considerados, na transformação da realidade fática de acordo com os comandos decorrentes de seus dispositivos.

Mas, para isso, é necessário interpretar a Constituição, atribuindo significado aos símbolos lingüísticos contidos nos dispositivos.

Essa é a razão por que a concretização da Constituição constitui um processo em que diversas fases se apresentam de modo gradual: conhecer a norma constitucional que decorre não só da interpretação literal ou gramatical do dispositivo, mas da interpretação sistemática e valorativa dos princípios, de forma a atualizar o seu significado originário; apreender a norma constitucional em toda a sua abrangência; e, da norma apreendida,

constituir a norma de decisão, esta sim que imporá o comando específico para resolver o caso concreto.

Concretiza-se a norma constitucional por esse processo de densificação dos comandos contidos nos princípios e nas regras constitucionais, preenchendo, complementando e precisando o espaço normativo.

A normatividade é o efeito global da norma em determinado processo de concretização, pressupondo a realização da norma constitucional por sua aplicação e concretização aos problemas que carecem de decisão; o âmbito de regulação da norma expressa a globalidade dos casos eventualmente regulados por uma norma; e o âmbito de proteção é o campo de proteção jurídica aos bens, valores e interesses intentados pela norma.

Sujeito concretizante é o agente do processo de concretização da Constituição, a desenvolver método de concretização que, a partir do texto da norma emitida pelo poder constituinte, elabora a norma de decisão que decorre, primariamente, dos princípios fundamentais, gerais e especiais, e das regras ou preceitos; a seguir, em nível político-legislativo, a complementar, pela norma infraconstitucional, os comandos da Carta Magna, e, por último, em nível decisório, pelos Poderes Executivo e Judiciário, e pela Administração Pública, na resolução dos casos concretos com que se defrontam.

5. A CONSTITUIÇÃO ESTÁ ALÉM DO TEXTO

Somente o atavismo cultural ainda permite que alguns poucos continuem a confundir a Constituição com o documento ou o papel que a expressa. Estes ainda a percebem como texto sagrado, de origem divina e imune à ciência humana, cuja legitimidade não decorre da sua utilidade social, mas do poder intangível do qual teria emanado.

Esquecem que o documento é a expressão gráfica do pensamento, e não entendem que ali se tentou exprimir as esperanças, os projetos de vida, os sonhos, as tarefas do Poder e da sociedade, através de símbolos gráficos que não perderão nunca o seu caráter de expressão do pensamento do criador humano.

A Constituição não se restringe ao documento, mas expressa a declaração de vontade dos que a fazem, projetando no mundo exterior o espírito do seu criador.

Também a Constituição brasileira de 1988 não se limita ao seu simbolismo gráfico, pois é, transcendendo o documento que a contém, a manifestação da vontade democrática do poder constituinte.

Até então, na História Política brasileira, tomava-se a Constituição como instrumento da vontade de pessoas singulares (como o nosso D. Pedro I, em 1824, a outorgar a Constituição do Império, gesto que repetiu em 1826, como Pedro IV, de Portugal), de grupos oligárquicos (como a Constituição da primeira República, a expressar a vontade daqueles que derrubaram o Império sem que estivessem, na realidade, imbuídos do espírito republicano que alardeavam como motivo determinante da queda do Império) ou de frustradas ideologias (como a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, em réplica à Constituição totalitária que o Marechal Pilsudski dera à Polônia em 1935).

Nenhuma Constituição brasileira ousou tanto quanto a Constituição de 1988.

O seu lento processo constituinte permitiu que graficamente expressasse as contradições da sociedade diferenciada que a fez e para quem se destina.

A participação dos mais diversos segmentos sociais, a percorrer, mesmo tumultuadamente, os longos caminhos que conduzem a Brasília e a pressionar os representantes constituintes, teve o condão de infirmar o cerne elitista que caracterizou as precedentes Cartas, embora não pudesse, desde logo, oferecer soluções prontas para os problemas que, ainda antes da Independência, afligem a sociedade, e que, na verdade, se e quando solvidos, serão substituídos por outros de diverso patamar mas da mesma gravidade.

As contradições da Constituição, antes de conduzir à perda de sua legitimidade, na verdade propiciam os instrumentos necessários para a sua aceitação social e para a sua perenidade, como expressão política e jurídica - perene, embora, nunca terá o caráter da sonhada imutabilidade, característica que somente orna as constituições que visa a garantir, não as constituições, como a nossa, que também intentam a transformação da sociedade.

O transformar contradita o garantir.

As contradições da Constituição expressam as contradições da sociedade brasileira.

É a contradição terrível que decorre da crise da cidadania, porque até então reservamos ao conceito de cidadania a mera vertente política, da participação do cidadão no governo, sem alcançar o seu verdadeiro conceito de ensinar o poder de todos, e de cada um, de desfrutar dos bens postos à disposição da comunidade, e a compreender, nos limites da abrangência da idéia do que se denomina bem comum, de que este não se restringe à

felicidade dos que têm e mantêm direitos, mas de todas as pessoas, ainda que pouco ou nenhum direito tenham e, mesmo assim, revelam-se titulares indisponíveis de direitos, deveres, ações, responsabilidade e obrigações.

Daí por que o velho político conservador Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, líder que em dado momento histórico foi tido como o símbolo da mudança, podia afirmar que ela é a “Constituição-cidadã, a expressar, graficamente, o homem brasileiro”.

É a crise do poder, antes autoritário (a merecer o comentário amargo de Afonso Arinos de Mello Franco de que “o Brasil, sociologicamente, é um império”), que não conseguiu chegar sequer aos moldes clássicos da democracia representativa e que agora, por frustração, se adianta no passo histórico a intentar a implementação de modelos diretos de democracia, como proclama o art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É também a contradição decorrente da crise das instituições, cuja legitimidade se viu controvertida a partir do momento em que foram finalmente percebidas como poderosos instrumentos de garantia de direitos somente permitidos a poucos, visando a refrear o ímpeto de direitos assentados na dimensão que se pode vislumbrar como inerentes à própria condição humana.

A Constituição é muito mais do que o documento em que estão inseridos os símbolos gráficos que a expressam; quer muito além das contradições que imobilizam a sua força normativa; transcende o jurídico para alcançar o político; expressa os sonhos sem explicá-los; frustra, igualmente, tanto aos que a vêem como instrumento de garantia, como aos que nela pretendem tão-somente a força transformadora da realidade insuportável.

Por si só, nunca será instrumento de redenção da mazelas sociais, políticas e econômicas que nos afligem.

A Constituição somos nós, não somente os constitucionalistas (que dela sequer somos intérpretes), os políticos, os governantes, mas todos e cada um daqueles que fazem deste imenso país a soma dos conflitos e das solidariedades que nos embaraçam e nos unem.

A Constituição é expressão cultural do país, devendo se recordar, neste aspecto, mestre Canotilho, a professar sobre o conteúdo do ensino do Direito Constitucional:

“Ensinar direito constitucional é um ato de cultura e de humanismo e mal seria privar os alunos de sugestões e insinuações incentivadoras de um melhor e mais profundo conhecimento dos problemas.”

Por derradeiro, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, deve ser mencionado que tal aplicabilidade, como fenômeno jurídico, está intrinsecamente vinculada ao fenômeno político da legitimidade da Constituição.

Não é simplesmente por que existe, vale e é eficaz no plano jurídico que a Constituição terá aplicabilidade - a crença da sociedade nas instituições constituídas pela Lei Maior decorre do sentimento individual e coletivo de que tais instituições são necessárias para a vida social.

A legitimidade da Constituição, a aceitação e a aplicabilidade de suas disposições são matérias que não se esgotam nos estudos jurídicos - são questões políticas e como tal devem ser analisadas, pois não estão submetidas a regras objetivas, mas à realidade individual e coletiva.

6. PROMULGAÇÃO E VIGÊNCIA

Não basta que a Constituição tenha sido promulgada - é necessário que tenha vigência, isto é, produza eficácia no mundo jurídico.

A promulgação da Constituição opera no mundo jurídico no plano de sua existência como norma jurídica, enquanto a vigência refere-se à capacidade de produção dos seus efeitos.

A nova Constituição, ao ser promulgada, passou a existir no mundo jurídico, como manifestação suprema da vontade do povo, que é o titular do poder constituinte.

Registre-se que a Constituição foi promulgada às 16 (dezesesseis) horas do dia 5 de outubro de 1988, termo inicial de sua existência, validade e vigência.

Ao ser promulgada, a Constituição entrou no mundo jurídico, passando a existir - é o plano da existência para a sua realização como ato jurídico.

Por que é o supremo ato jurídico, a Constituição não tem acima de si, no mundo jurídico, nenhum ato que lhe seja superior - assim, com a sua promulgação e seu ingresso no plano de existência, também a Constituição, sem outra norma a contrastá-la ou vincular sua forma ou conteúdo, ingressa no plano de validade.

Ao ser promulgada, a Constituição existe e vale, mas não está ainda em vigor, produzindo os efeitos que dela são esperados.

A Constituição só é eficaz quando efetivamente produz efeitos - é o plano da eficácia ou de sua vigência.

A Constituição entrou em vigor no momento em que foi promulgada, isto é, no dia 5 de outubro de 1988, às 16 horas:

“Feita a regra jurídica, há, necessariamente, outra regra jurídica que diz qual o momento em que começa a vigorar. Tal momento é inconfundível com aquele em que se iniciará a sua incidência, isto é, o momento em que a cada fato que se produzir, dentre os fatos previstos pela lei, a regra atuará. Há lapso entre a sanção da lei e sua publicação; outro, entre a sua publicação, que lhe confere obrigatoriedade, vigor, e o começo da sua incidência. É por isso que uma lei pode dizer, outra lei o dirá em geral, que determinada regra jurídica terá efeitos a partir do tempo t’ ou do tempo t”, ou desde momento anterior ao tempo t, que é o da sua publicação (efeitos retroativos).”¹³

A Constituição, justamente por se qualificar como **Lex Legum** (Lei das Leis), entrou em vigor no momento de sua promulgação, independentemente da regra de vigência a termo (45 dias após, como prevê a lei ordinária), ou de sua publicação no órgão oficial (porque a regra de publicação também está na Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 1º *caput*). O art. 64 do ADCT determinou a edição popular do texto integral da Constituição de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil - tal dispositivo não significa, no entanto, que somente aí a Constituição se torne do conhecimento de todos.

O texto constitucional não prevê data específica para sua entrada em vigor, como, aliás, é da tradição do nosso Direito Constitucional, desde as Constituições de 1824, 1891, 1934 (seu art. 26 do Ato das Disposições Transitórias dava a vigência para a data da publicação), 1937 e 1946 (cujo art. 218 dizia que ela entraria em vigor na data de sua publicação), com as exceções da Constituição de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967 e com entrada em vigor designada para 15 de março do mesmo ano e da

¹³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1967, com a EC nº 1/69**, 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, tomo I, p. 41 (6 tomos).

Emenda Constitucional nº 1/69, outorgada em 17 de outubro de 1969 e com vigência no dia 30 seguinte. Denomina-se, ao período entre a promulgação da Constituição e sua entrada em vigor, de *vacatio constitutiones*, similarmente à denominação que se dá a *vacatio legis*.

Tal omissão de previsão de tempo ulterior ao da promulgação para a entrada em vigência significa que o ato de promulgação, como *conditio iuris* de ingresso do texto político na vida jurídica, por si só é suficiente para sua vigência, isto é, a capacidade de produção dos efeitos jurídicos, independentemente da publicação em órgão oficial.

A Constituição, assim, passou a existir, valer e ter eficácia no momento mesmo em que foi promulgada, às 16 (dezesesseis) horas do dia 5 de outubro de 1988: até o momento anterior, a vida jurídica nacional estava submetida aos cânones da ordem jurídica determinada pela Constituição de 1967, com as Emendas que se seguiram; a partir daquele momento, a nova Constituição passou a regulamentar todas as relações jurídicas e a dar fundamento diverso a todos os atos e fatos jurídicos, estatais ou privados.

Nem se diga que a Constituição se subordina ao disposto na nossa Lei Geral de Normas, que é a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), cujo art. 1º dispõe que, salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada - tal regra é infraconstitucional, disposta em patamar inferior da legislação, e a Constituição não lhe fica jungida, como também não está jungida a outros dispositivos da mesma lei, inclusive aquele que diz que se deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa transitada em julgado (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Mas também não basta que a norma constitucional seja promulgada e esteja em vigor, pois a sua aplicabilidade depende dos termos em que está redigida, pois a Constituição, embora supremo ato jurídico-político, é norma que deve incidir sobre os fatos que prevê, visando a satisfazer os interesses que seleciona.

6.1. Determinação constitucional de obediência

Era habitual no Reino de Portugal e nós continuamos com a mesma tradição, até a Constituição de 1934 (inclusive), que encerrasse as Constituições o fecho que se vê nas Constituições de 1824, 1891 e na referida Carta de 1934, a dispor:

“Mandamos, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento desta Constituição pertencerem, que a executem e faça executar e observar fiel e inteiramente como nella se contém” (sic).

Evidentemente, a existência ou inexistência de tal fecho não aumenta, nem diminui, o poder de efetividade da Constituição, nem sequer a legitima, em maior ou menor grau.

No entanto, o rompimento da tradição significou uma ruptura histórica a que somente o constituinte de 1934 ficou sensível.

Aliás, a preocupação de manutenção histórica da Assembléia Constituinte de 1934 era suficiente para que se determinasse no art. 26 do Ato das Disposições Transitórias:

“Art. 26 - Esta Constituição, escripta na mesma orthographia da de 1891 e que fica adoptada no paiz, será promulgada pela Mesa da Assembléa, depois de assignada pelos Deputados presentes, e entrará em vigor na data de sua publicação.” (sic).

7. EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL NA CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

José Afonso da Silva, em clássico estudo (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1982, recentemente reeditado), ensina sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

As normas constitucionais de eficácia plena são “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” (exemplo, dos incisos II e XXXV do art. 5º extraem-se normas que independem de qualquer regulamentação, ao prever os princípios da legalidade e da ação) - tal classificação corresponde às normas auto-executáveis da doutrina americana.

Em uma tentativa de resguardar a sua efetividade e a fazer predominar os direitos fundamentais sobre as normas organizatórias do Poder, assim correspondendo ao ideal liberal de prevalência do individualismo, a Constituição proclama, em seu art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Vale notar que direitos e garantias fundamentais são aqueles previstos no Título II da Constituição, englobando os direitos individuais e coletivos (art. 5º), os direitos sociais (arts. 6º a 11), os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13), os direitos políticos (arts. 14 a 16) e, necessariamente, pela mesma razão, outros direitos constitucionais que sejam derivados dos direitos fundamentais, ainda que dispostos em outros títulos da Constituição, como, por exemplo, o direito à educação (art. 205), o acesso à cultura (art. 215), o direito às práticas desportivas (art. 217), o da comunicação social (art. 220) etc.

Tanto é assim que o art. 5º, inciso LXXI, estabelece, como objeto do mandado de injunção, não somente os direitos fundamentais, mas o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Rui Barbosa, adotando a terminologia estadunidense, considera *self-executing* as normas não exigentes de processo especial e cujo direito instituído se encontra armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação. São normas constitucionais auto-aplicáveis as vedações e proibições constitucionais, os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem e as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.

Normas de eficácia contida são espécies de normas de eficácia plena que também incidem imediatamente e têm potencialidade para a produção de seus efeitos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias (por exemplo, o disposto no inciso XLII do art. 5º, ao dispor sobre norma repressora do racismo).

Na expressão de Michel Temer, a norma de eficácia contida deveria receber a denominação de contível, pois é norma de eficácia plena, embora tal plenitude possa ser diminuída pela norma infraconstitucional.

Quanto à fiança, por exemplo, veja-se o disposto no art. 5º, LXVI: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Assim, salvo as hipóteses em que a própria Constituição declara descaber a fiança (art. 5º, XLII, XLIII, XLIV), se não houvesse a regulação da fiança pelo Código de Processo Penal, por exemplo, limitando os meios de concessão, caberia a fiança em todos os casos, em face da norma que se extrai do disposto no art. 5º, XLVI, que, neste aspecto, é norma de eficácia contida.

Questão controvertida é saber se, em casos concretos, pode o juiz substituir o comando legislativo do qual depende a aplicabilidade da norma constitucional de eficácia contida - a resposta, no entanto, depende do tipo da norma constitucional em exame.

O juiz poderá fazê-lo, é certo, quando pronunciar decisão em mandado de injunção, para a defesa de direito previsto na Constituição. No entanto, não poderá fazê-lo o juiz para tornar inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o delito que entender como crime hediondo (art. 5º, XLIII), se não existisse a lei específica a defini-lo. O que tem aplicabilidade imediata, pelo art. 5º, § 1º, é o que diz respeito a direitos e garantias fundamentais, isto é, o que estiver voltado em favor do indivíduo ou da coletividade, mas não o que diz respeito ao Poder.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, segundo o citado Professor José Afonso da Silva, dividem-se em dois grupos:

- *normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo*, que são aquelas que prevêm esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária (por exemplo, a Lei da Magistratura prevista no art. 93) e

- *normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático*, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, e não só pelos corpos legislativos, mediante uma providência normativa ou mesmo jurisdicional ou administrativa ulterior (por exemplo, o extenso rol de direitos conferidos à criança e ao adolescente, no art. 227, ou a proteção à terceira idade, no art. 230, embora o disposto no art. 230, § 2º, seja auto-aplicável). Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, certos 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. Exemplo de norma programática, a despeito do tom imperativo, é o disposto no art. 218 da Constituição: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Em face de tal classificação, vê-se, claramente, que a aplicabilidade da norma constitucional está intrinsecamente ligada ao tipo do comando expresso na Constituição.

No estudo da classificação de José Afonso da Silva, desenvolveu este autor a técnica prática de classificar as normas constitucionais da seguinte forma:

- 1º) observar que se está a classificar normas e não dispositivos;
- 2º) verificar se a norma é de eficácia limitada;
- 3º) para tal, as normas que regulam instituições (como as que decorrem do disposto nos arts. 93 e 127) são evidentemente normas institutivas; ou
- 4º) as normas que expõem programas de atuação ou tarefas, são normas programáticas;
- 5º) se não for norma programática ou institutiva, a norma é de eficácia plena;
- 6º) sendo norma de eficácia plena, verificar se ela não é norma que possa ser contida na sua eficácia. Na dúvida, considere-se norma de eficácia plena no sentido amplo.

Note-se que, a despeito de todo o seu prestígio durante décadas, a classificação divulgada pelo Professor José Afonso da Silva infelizmente serviu para que muitos retirassem das normas constitucionais a sua plena eficácia.

Destaque-se, ainda, que até normas programáticas ou institutivas exibem plena eficácia, como, por exemplo, se vê na norma que se extrai do disposto no art. 93, IX, a exigir a motivação das decisões judiciais, norma que, obviamente, não está esperando para sua eficácia a elaboração do futuro Estatuto da Magistratura...

As normas programáticas ou institutivas, ainda que apresentem o que muitos consideram de baixa densidade normativa, são normas constitucionais, e assim imperativas e de ordem pública, expressando valores ou princípios que regem a aplicação das regras ou preceitos.

Nesse aspecto, ainda que se considerasse, *v.g.*, as normas constantes do art. 93 da Constituição como normas limitadas de princípio institutivo, a orientar a futura elaboração do Estatuto da Magistratura, dos seus dispositivos podem ser extraídas normas que desde logo oferecem eficácia plena e imediata, como as que se referem à promoção por antigüidade ou a que manda que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e na presença, ao menos, dos advogados das partes.

Tal entendimento, no entanto, não prevaleceu consoante a maioria do Supremo Tribunal Federal no que se refere à taxa de juros reais, referida

no art. 192, § 3º, que passou a depender da elaboração da futura lei complementar que regulará o sistema financeiro nacional.

8. TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO RESENHA ELABORADA POR CANOTILHO

José Joaquim Gomes Canotilho faz uma resenha da doutrina alemã sobre a tipologia das normas constitucionais, a considerar as matérias.

Os *princípios jurídicos fundamentais* são aqueles já introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou até mesmo implícita no texto constitucional - por exemplo, o princípio de isonomia, a regra proibindo a lesão a outrem, o princípio de que o imputado será considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória etc. Alguns princípios sequer estão formalmente previstos (somente a nova Constituição é que dispôs regra sobre a presunção de inocência, no art. 5º, LVII), mas, mesmo assim, representam fonte do direito quando se incorporam à prática jurídica.

Os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* são as normas ou princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte: o regime econômico, forma de Estado, de governo, de associação política etc. Na aplicação do Direito, são princípios que servem de diretrizes fundamentais. Na Constituição, por exemplo, o disposto nos arts. 1º, § 1º (quanto ao regime democrático), 18 (quanto à autonomia constitucional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que é característica da forma federativa), 2º (quanto ao sistema de governo presidencialista, em que se assegura a autonomia dos Poderes Políticos) etc.

Os *preceitos definidores dos fins do Estado* são aqueles que determinam ideológica e programaticamente a atuação do Estado porque neles se fixa sua atuação (por exemplo, no art. 3º, III, a extinção das desigualdades individuais e regionais). Em caso específico de inércia de atuação do Estado, até mesmo caberia a invocação da inconstitucionalidade por omissão, tanto por ação de inconstitucionalidade (no art. 103), por mandado de injunção (art. 5º, LXXI), como incidentalmente, em qualquer feito judicial ou administrativo.

Não pode ser esquecido que o Estado é mera estrutura orgânico-funcional de poder, mas o poder, em um regime democrático, tem o povo como titular, exercente e beneficiário. Ao manifestar sua vontade através da Constituição, evidentemente estará o titular do poder constituinte vincu-

lando todos e cada órgão estatal. Se o órgão ou agente público não atende aos fins estatais estabelecidos na Constituição, ainda que seja por omissão, haverá ilícito jurídico.

As normas consagradoras dos direitos fundamentais são normas que, em face do caráter liberal adotado no texto constitucional, sobreparam sobre as outras normas, estando a elas ligadas, estritamente, as normas referentes a garantias institucionais (por exemplo, o *habeas corpus*, direito de ação, de obtenção de certidões etc.).

A violação das normas constitucionais de efetivação dos direitos fundamentais (por exemplo, o art. 5º, XXXV, norma que assegura o direito ao serviço público jurisdicional) pode ensejar ações judiciais em face da omissão estatal, mesmo porque, se assim não fosse, a aplicabilidade da Constituição ficaria sujeita às variações dos interesses dos agentes públicos, que acabariam por esvaziá-la.

As normas organizatórias e de competência dos serviços públicos são cogentes, eis que o Estado de Direito é caracterizado, justamente, pela regra de competência na atuação estatal, embora tais normas não prevaleçam sobre as normas de direitos fundamentais, mesmo porque o Estado está a serviço do indivíduo e não este a serviço daquele.

As normas impositivas de legislação impõem uma concreta atividade legisferante ao Poder Público (por exemplo, o art. 5º, XLII, ao prever lei incriminando o racismo).

Já as normas de revisão referem-se ao poder constituinte de emenda, isto é, os meios que a própria Constituição prevê para sua adaptação aos novos fatos sociais. Tais normas representam os processos formais de mudança da Constituição, enquanto existem processos informais: por exemplo, a interpretação constitucional, os usos e costumes. A Constituição possibilita dois processos formais de mutação: o processo de emenda constitucional (art. 60) e o processo de revisão (art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

9. TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SEGUNDO LAVIÉ

Humberto Quiroga Lavié oferece nova classificação das normas constitucionais: normas operativas:

“Son las que no precisan ser reglamentadas ni ser condicionadas por otro acto normativo para ser aplicables: ellas son normas

incondicionadas respecto de sua aplicación; en tal sentido las normas operativas están dirigidas para sua aplicación a los órganos jurisdiccionales”.

Após dizer que as normas operativas podem ser de eficácia contida, o mesmo autor argentino menciona as normas programáticas:

“Son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas o a que se dicte un acto normativo a tal efecto: en tal sentido las normas programáticas están dirigidas a los órganos legislativos respecto de sua aplicación”.

Anota Humberto Quiroga Lavié que são efeitos próprios das normas programáticas, antes mesmo de produzida sua condição: 1) impedem que um ato normativo ou outro fato operativo frustre o sentido jurídico nela previsto, dizendo que a Suprema Corte argentina tem entendido que as normas programáticas atuam como normas de interpretação para a aplicação do direito comum. Em sede jurisdicional, poderá ser reconhecida a inconstitucionalidade de ato ou fato incompatível com a norma programática, ainda mesmo antes da norma regulamentadora; 2) permitem sua aplicação operativa em relação com os atos normativos que devem regulamentá-las ou convertê-las em normas operativas.

O autor argentino também aponta as normas constitucionais que podem ser classificadas quanto à disponibilidade ou indisponibilidade: *“Normas discrecionales son aquellas cuyo cumplimiento está puesto a disposición de sus destinatarios (sean órganos públicos o particulares): es decir que no es necesario su cumplimiento”*, contrapondo-se às normas imperativas, que não permitem nenhuma opção de conduta.

10. NORMAS REPRODUZIDAS

Denominam-se normas reproduzidas (ou, mais rigorosamente, dispositivos reproduzidos) aqueles constantes da Constituição Federal e que são reproduzidos nas Constituições estaduais, nas Leis Orgânicas dos Municípios e na Lei Orgânica do Distrito Federal.

E tais normas devem ser reproduzidas em tais textos normativos em decorrência do princípio da simetria estabelecido pelo disposto no art. 25 quanto ao Estado-membro (“Os Estados organizam-se e regem-se pelas

Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”), no art. 29 quanto aos Municípios (aí também obrigando-os a seguirem os princípios das Constituições Federal e Estadual), no art. 32, ao impor à Lei Orgânica do Distrito Federal atender aos princípios da Constituição da República.

O tema das normas reproduzidas merece do Supremo Tribunal Federal minucioso tratamento em face do controle concentrado de constitucionalidade deferido aos Tribunais de Justiça, no art. 125, § 2º, através da representação de inconstitucionalidade cujo objeto é o controle da validade das leis estaduais e municipais em face da Constituição do Estado.

Como se vê em longo debate na Reclamação nº 383, sobre lei do Município de São Paulo considerada incompatível com a Constituição do Estado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça local, em decisão submetida a recurso extraordinário que não tem efeito suspensivo, pretendeu-se reclamação junto à Suprema Corte sob a alegação de que assim ficou vulnerada a sua competência funcional.

A reclamação restou negada, constituindo precedente para casos ulteriores:

“Ora, esta Corte, desde o julgamento da Reclamação 383, por seu Pleno, afirmou o entendimento de que é admissível a propositura da ação direta de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça local sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros – e, portanto, por via de consequência, seu julgamento por esses Tribunais com base nesses dispositivos constitucionais estaduais -, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual que faz essa reprodução contrariar o sentido e o alcance da norma constitucional federal reproduzida. Reclamação julgada improcedente.” (Reclamação nº 358-2, São Paulo, Pleno, unânime, Moreira Alves, julgado em 24/04/2001). ◆