

1,44  
pasta 02  
16/11/11.

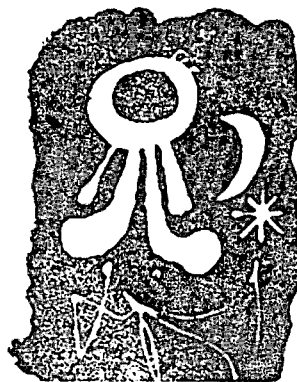
4º BIMESTRE

*José Afonso da Silva*

**APLICABILIDADE  
DAS NORMAS  
CONSTITUCIONAIS**

*3ª edição,  
revista, ampliada  
e atualizada*

**Egon Bockmann Moreira**



**MALHEIROS  
EDITORES**

341.2  
5536a

*APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS*

© JOSÉ AFONSO DA SILVA

1ª edição, 1967; 2ª edição, 1982.

ISBN 85-7420-045-X

*Direitos reservados desta edição por*  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (011) 822-9205 – Fax: (011) 829-2495

*Composição*  
PC Editorial Ltda.

*Capa*  
Criação: Nância Lúcia Amato  
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*  
04-1998



*Em memória de*  
DORACY DE MARIA DI MUNNO CORRÊA  
Ah, minha querida amiga,  
é como diz a canção sertaneja:  
"Uma saudade é dor que não consola,  
quanto mais dói a gente quer lembrar".  
(Mourão da Porteira, Raul Torres e José Pacifico)

**NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA**

*I – O problema da eficácia das normas constitucionais. II – Normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias. III – Normas constitucionais "self-executing" e "not self-executing". IV – Concepção moderna sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: o problema terminológico. V – A triplíce característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade.*

***I – O problema da eficácia das normas constitucionais***

1. O problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais começa com as incertezas terminológicas, o que dificulta ainda mais sua solução e até mesmo sua formulação científica.

2. A questão, aliás, não é particular da teoria do direito constitucional, mas da ciência jurídica em geral. Carlos Cossio bem acentua as discrepâncias doutrinárias quando diz que, para aludir à existência do Direito, os juristas recorrem a diversas palavras, como *positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade* e *efetividade* do Direito.<sup>1</sup> A teoria egológica do Direito, do mesmo Cossio, resolve a dificuldade fazendo desaparecer o problema, no que tange à existência do Direito; fala unicamente da validade e da vigência do Direito, "reconhecendo que positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade do Direito são, todos, termos existenciais que aludem à mesma coisa e que se podem usar como vocábulos sinônimos".<sup>2</sup>

1. *Teoría de la verdad jurídica*, p. 180.

2. *Idem*, p. 182.

Eliminar o problema por essa forma não nos parece, em absoluto, resolvê-lo, pois, se é verdade que a *positividade* não se pode desligar da *vigência* e da *eficácia*,<sup>3</sup> tais termos têm conotações próprias e não se confundem numa sinonímia jurídica.

3. O sociologismo jurídico reduz o problema da vigência ao da eficácia. Vigente é “o Direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz, o que se imiscui na conduta dos homens em sociedade e não o que simplesmente se contém na letra da lei, sem ter conseguido força real suficiente para impor-se aos indivíduos e grupos sociais”.<sup>4</sup> Sob essa perspectiva é que se costuma dizer que muitas normas constitucionais, especialmente as chamadas programáticas, não adquirem vigência enquanto uma lei ordinária ou complementar não as atuar efetivamente.

4. O normativismo distingue, com precisão, a vigência da eficácia. A lição de Kelsen é bastante clara a esse respeito. A vigência da norma, para ele, pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser. *Vigência* significa a existência específica da norma; *eficácia* é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstância de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos.<sup>5</sup> “Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.”<sup>6</sup> Kelsen dá nítida prevalência à vigência, desde que entende que esta pertence à ordem do dever-ser, isto é, da norma como objeto do Direito, enquanto a eficácia pertence à ordem do ser, dos fa-

3. O que é reconhecido pela própria corrente egológica. Cf. Aftalión, Olano e Vilanova, *Introducción al Derecho*, p. 186.

4. Evaristo de Moraes Filho, *O problema de uma sociologia do Direito*, p. 234; cf. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, p. 406.

5. Cf. *Teoria pura do Direito*, v. 1/18 e 19. Sobre o assunto, também Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, pp. 22 e ss., e “Vigência e eficácia da norma constitucional”, in Tércio Sampaio Ferraz Jr. e outros, *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*, Parte II, pp. 59 e ss.

6. Idem, v. 1/20. A propósito do tema, permitimo-nos recordár o que, em outro livro, escrevemos, a saber: “A eficácia, enfim, é o elemento que vincula o preceito lógico, escrito, à realidade subjacente. A lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social em que deve atuar, quanto mais seus termos abstratos se enriquecem de conteúdo social, do direito cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica” (cf. nosso *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, p. 236).

tos; mas acha que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma.<sup>7</sup> Uma norma jurídica, no entanto, entra em vigor antes de tornar-se eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada.<sup>8</sup>

5. A *positividade* do Direito não se confunde com sua vigência nem com sua eficácia. *Direito positivo* se opõe a *direito natural*; positividade significa, como nota Cossio, a realidade empírica da experiência, “existência como presença do Direito”.<sup>9</sup> É mais do que vigência e eficácia, mais, portanto, que a aludida “existência como presença do Direito”, “porque [como nota Miguel Reale] podemos conceber três modalidades de direito positivo: o dotado atualmente de vigência; o que já a perdeu; e o que está em vias de obtê-la”.<sup>10</sup>

6. Em resumo:

I – *Positividade do Direito* exprime a característica de um Direito que rege, *in concreto*, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas, socialmente postas; pode ser histórico, como atual; opõe-se a *direito natural*.

II – *Vigência do Direito*, ou *Direito vigente*, caracteriza o Direito que rege, *aqui e agora*, “*hic et nunc*”, as relações sociais; refere-se ao Direito presente; designa a existência específica de uma norma,<sup>11</sup> opondo-se ao *direito histórico*.

III – *Eficácia do Direito*: toma-se a expressão em dois sentidos. A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma;<sup>12</sup> refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada;<sup>13</sup> nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz

7. Idem, v. 1/20.

8. Idem, *ibidem*.

9. Cf. *Teoria de la verdad jurídica*, p. 183.

10. *Filosofia do Direito*, p. 517.

11. “Com a palavra “vigência” designamos a existência específica de uma norma” – diz Kelsen, *Teoria pura do Direito*, v. 1/18.

12. Cf. Aftalión, Olano e Vilanova, *ob. cit.*, p. 189. Karl Olivecrona adota esse sentido da palavra quando afirma que “la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada y que el poder se ejerza conforme a sus normas” (*El Derecho como hecho*, p. 41). É só nesse sentido social que Norberto Bobbio concebe a eficácia das normas jurídicas, ou seja: “Il problema dell’*efficacia* di una norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta (i cosiddetti destinatari della norma giuridica) e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall’autorità che l’ha posta” (cf. *Teoria generale del Diritto*, p. 25).

13. Aftalión, Olano e Vilanova, *ob. cit.*, p. 190.

Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.<sup>14</sup> É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma.<sup>15</sup> *Eficácia* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica* da norma designa a *qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*;<sup>16</sup> nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Os dois sentidos da palavra *eficácia*, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos, como já anotamos antes.

## II – Normas constitucionais mandatórias e normas constitucionais diretórias

7. No plano da eficácia jurídica – que é o que nos interessa neste trabalho –, a ciência do Direito enfrenta o problema da classificação das normas, “para explicar a maneira como o imperativo se manifesta”.<sup>17</sup> Essa questão, embora seja de teoria geral do Direito, e não puramente de direito constitucional, deve, no entanto, ser examinada aqui, para verificar-se até que ponto as normas constitucionais se ajustam a ela.

14 Ob. cit., p. 19.

15. Cf. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 78 e ss.

16. Cf. J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, p. 289.

17. Giorgio del Vecchio, *Philosophie du Droit*, p. 206.

8. O caráter imperativo das normas jurídicas revela-se no determinar uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou um *não-agir*; daí distinguem-se as normas jurídicas em *preceptivas* – as que impõem uma conduta positiva – e em *proibitivas* – as que impõem uma omissão, uma conduta omissiva, um não-atuar, não-fazer. As normas constitucionais são, em grande porção, desses dois tipos, bastando citar os exemplos seguintes, bem característicos: a) *preceptivas*: 1) “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, caput); 2) “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional” (art. 44); 3) “A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central” (art. 164); b) *proibitivas*: 1) “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III); 2) “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV); 3) “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII); 4) “a casa é asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI), “é inviolável o sigilo da correspondência (art. 5º, XII); 5) “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos” (art. 14, § 2º); 6) “É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (art. 17, § 4º); 7) “Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve” (art. 142, § 3º, IV). Às vezes, num simples dispositivo, encontramos uma norma preceptiva e outra negativa: “é livre a manifestação do pensamento, [norma preceptiva] sendo vedado o anonimato [norma proibitiva]” (art. 5º, IV).

Essa distinção é de pouca importância, como nota Del Vecchio, por se reduzir, muitas vezes, a uma significação filosófica, visto que um mesmo comando pode traduzir-se sob forma preceptiva ou proibitiva,<sup>18</sup> o que é palpável em direito constitucional, especialmente no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, onde a afirmativa de direitos subjetivos em favor dos indivíduos importa a negativa da ação do Poder Público. Exemplo típico de uma norma proibitiva que tem real significação preceptiva é a do inciso II do art. 5º da Constituição, ao estatuir que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* – valendo dizer, em termos preceptivos: só a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. As duas formas, como se vê, fornecem a base constitucional das *normas jurídicas preceptivas* (obrigar alguém a fazer – determinar uma conduta positiva) e das *normas jurídicas proibitivas* (obrigar

18. Ob. cit., p. 286.

alguém a deixar de fazer – impor uma omissão). Assim, também: “é inviolável o sigilo da correspondência” significa, em termos preceptivos: “é garantido o sigilo da correspondência”; ou “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória” equivale, em termos preceptivos: “todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado de sentença condenatória”.

9. Para Del Vecchio essas duas espécies de normas são *primárias*, porque são suficientes por si mesmas, isto é, exprimem diretamente uma regra obrigatória do agir; outras normas são chamadas *secundárias*, visto que não são bastantes por si mesmas, mas dependem de outras, a que devemos reportar-nos para compreender aquelas exatamente.<sup>19</sup>

Essa classificação pode induzir a pensar que a ela pertencem as chamadas normas constitucionais *auto-aplicáveis* e as *não auto-aplicáveis*, aquelas *bastantes em si* e estas *não-bastantes em si*.<sup>20</sup> As primeiras seriam as *primárias*, por suficientes por si mesmas, e as *não auto-aplicáveis* seriam *secundárias*, por dependerem de outras normas que lhes completem a eficácia. Seria, porém, errôneo pensar assim, pois por normas secundárias Del Vecchio entende as regras *declarativas*, ou *explicativas*,<sup>21</sup> mas achamos que as *interpretativas* e as *permissivas* também poderiam ser consideradas da mesma natureza.

As declarativas ou explicativas contêm definições de vocábulos ou de conceitos;<sup>22</sup> as interpretativas também definem e conceituam o sentido de outras normas. Podem admitir-se normas constitucionais explicativas e interpretativas, como é exemplo famoso, entre nós, a lei constitucional (Lei 105, de 12.5.1840) interpretativa do Ato Adicional à Constituição de 25 de março de 1824; assim parece-nos lícito classificar também a Lei Constitucional 8, de 12.10.42, como demonstram seus “considerandos”.

Normas *permissivas* (ou facultativas) são as que atribuem uma permissão, sem determinar a obrigatoriedade de uma conduta positiva

19. Ob. cit., p. 287.

20. A terminologia *bastante em si* e *não-bastante em si* é de Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. V/126), mas é tão sem fundamento e tão superada como as expressões *auto-aplicável* e *não auto-aplicável*, a que corresponde, como teremos oportunidade de ver.

21. Ob. cit., p. 287. O autor não incluiu as interpretativas, que classifica – a nosso ver sem razão – como espécies de normas dispositivas, mas fala nas *abrogativas*, sem necessidade e sem razão.

22. Cf. Del Vecchio, ob. cit., p. 287.

ou omissiva. A existência dessas normas induziu parte da doutrina a afirmar que nem todo Direito é imperativo. Del Vecchio demonstrou o contrário, mas partiu de premissa inaceitável para o caso – qual seja, a de que “é juridicamente permitido tudo aquilo que juridicamente não é proibido”;<sup>23</sup> daí dizer que as normas permissivas não têm, por si mesmas, razão de ser, visto que a permissão, em si, não precisa ser dada pelo Direito.<sup>24</sup> Equívoco manifesto, porque as normas permissivas constituem, em princípio, exceções a regras proibitivas existentes na ordem jurídica. Melhor, pois, diria se afirmasse que seu caráter imperativo decorre do fato de, por via de regra, abrirem exceção a normas proibitivas, o que ocorre, com frequência, no direito constitucional, como são os casos do art. 18, § 3º,<sup>25</sup> do parágrafo único do art. 22,<sup>26</sup> do art. 25, § 3º,<sup>27</sup> do art. 60,<sup>28</sup> do art. 154, I,<sup>29</sup> do art. 182, § 4º,<sup>30</sup> e

23. Ob. cit., p. 288; mas aí foi cauteloso ao indicar que tal ocorre *em geral*.

24. Ob. cit., p. 288.

25. “Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional por lei complementar” – exceção ao princípio da indisso-lubilidade dos Estados configurado no art. 1º e também ao princípio da autonomia dos Estados. Sem essa regra permissiva não haveria possibilidade das modificações indicadas.

26. “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo” – exceção à competência privativa da União, ao princípio da indelegabilidade de atribuições e à rigidez da repartição de competências constitucionais.

27. Permite aos Estados instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum – como exceção ao princípio da autonomia municipal quer para se organizarem em consórcio, quer para a realização de serviços locais de competência dos Municípios autônomos.

28. Permitindo emendas à Constituição, quebrando-lhe a possibilidade de rigidez absoluta.

29. Permitindo à União a criação de outros impostos que não os previstos na Constituição, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição.

30. “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo

tantos outros da nossa Constituição; assim a maioria das regras de competência, as quais contêm simples faculdade ou autorização para o exercício do poder outorgado, como é exemplo frisante a competência para decretar tributos. Mas, nesses casos, as normas são, ao mesmo tempo, permissivas e proibitivas. Quando o art. 153, por exemplo, permite à União decretar os impostos nele indicados, ao mesmo tempo proíbe a Estados e Municípios instituírem os mesmos tributos.

10. A clássica distinção das normas jurídicas sob o ponto de vista da eficácia — a qual resume todas as outras — é que as separa em *normas coercitivas* (*ius cogens*, normas cogentes, taxativas, na terminologia de Del Vecchio)<sup>31</sup> e *normas dispositivas* (*ius dispositivum*).

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

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

de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”. Sem a permissão constante do *caput* o Poder Público municipal não estaria autorizado fazer as imposições ao titular da propriedade no nível previsto. A permissão, por isso, era necessária em face do direito de propriedade, que limita a ação do Poder Público, e especialmente para sujeitar o proprietário às sanções constantes dos incisos do dispositivo.

31. Ob. cit., p. 289.

32. Cf. Hermes Lima, *Introdução à ciência do Direito*, pp. 121 e 123; Benjamim de Oliveira Filho, *Introdução à ciência do Direito*, p. 149; Victor Nunes Leal, “Classificação das normas jurídicas”, in *Problemas de direito público*; Del Vecchio, ob. cit., p. 289.

33. Hermes Lima, ob. cit., p. 122.

34. Benjamim de Oliveira Filho, ob. cit., p. 249.

35. Cf. Giorgio del Vecchio, ob. cit., p. 290; Benjamim de Oliveira Filho, ob. cit., p. 252; Hermes Lima, ob. cit., p. 122.

36. Cf. Giorgio del Vecchio, ob. cit., pp. 290 e 291; Benjamim de Oliveira Filho, ob. cit., p. 250.

11. As normas constitucionais pertencem essencialmente *ao ius cogens*. Isso é ponto pacífico. Controvertida é, no entanto, a questão relativa à existência, ou não, de normas constitucionais dispositivas.

As relações de direito constitucional são relações de poderes entre si e entre estes e sujeitos privados (indivíduos, grupos etc.), estabelecendo direitos, obrigações e deveres de natureza pública, mediante normas que, por princípio, não deixam margem à atuação da vontade dos agentes constitucionais. Normas que são, por isso, irrenunciáveis ou inderrogáveis, embora, como veremos, haja possibilidade de uso do poder discricionário, com base em normas de aplicação facultativa, tais as que admitem a celebração de convênios para certos fins (art. 155, § 2º, VI e XII, “g”, por exemplo) e as que outorgam certas competências sem obrigar o seu exercício.<sup>37</sup> Mas essas normas não são facultativas no sentido das permissões do direito privado, pois, ao facultarem um modo de agir, excluem qualquer outro (assim, os Estados não são obrigados a decretar os impostos de sua competência, mas estão impedidos de criar outros) ou vedam a obtenção dos fins nelas previstos de outro modo que não na forma, limites e condições que autorizam (assim, só é facultado a Estados e Distrito Federal deliberar sobre isenção, incentivos e benefícios fiscais na forma estabelecida em lei complementar, conforme os incisos VI e XII, “g”). No fundo, portanto, essas normas facultativas afiguram-se tão vinculantes como as demais. E um ato ou lei que estatua de outro jeito será fulminado de inconstitucionalidade.

12. Não há no direito constitucional normas supletivas no sentido em que essa expressão é usada no direito privado. É certo que a jurisprudência norte-americana pretendeu distinguir as normas constitucionais em duas categorias: *a*) as *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais cujo cumprimento é obrigatório e inescusável; *b*) as *directory provisions* (prescrições diretórias), de caráter regulamentar, podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse inconstitucionalidade de seu ato.

Cooley criticou severamente essa doutrina dos tribunais. “As Constituições [diz ele] normalmente não contêm normas de procedi-

37. Assim, por exemplo, ao atribuir competência às entidades públicas para decretar determinado tributo, a Constituição não obriga a utilizar dessa competência; apenas permite a instituição dos tributos tocantes a cada uma na partilha tributária.

mento, salvo se as consideram necessárias à prática de algum ato, quando, então, devem ser tidas como limitativas do poder a cujo exercício se aplicam. Não podemos esperar que se encontrem na Constituição preceitos que o povo não tenha considerado de alta importância e dignos de figurar num instrumento que se destina a controlar igualmente o governo e os governados e a constituir a justa medida dos poderes conferidos. Se forem estabelecidas normas a respeito do tempo no qual um poder deve ser exercido, ou do modo pelo qual o seu exercício pode ter lugar, há, pelo menos, uma forte presunção de que esse tempo e esse modo condicionam a validade da manifestação do poder".<sup>38</sup>

Francisco Campos acha, com razão, que essa "distinção é a mesma, formulada em outros termos, entre leis constitucionais formais e materiais, consideradas as primeiras como meramente diretórias, por não conterem matéria de natureza ou de essência constitucional, e as segundas como mandatórias por natureza, não por figurarem no instrumento da constituição, mas por serem essencial e substancialmente constitucionais. Ora, como vimos, [continua] repugna, absolutamente, ao regime de constituição escrita ou rígida a distinção entre leis constitucionais em sentido material e formal; em tal regime, são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da constituição, seja qual for o seu conteúdo ou natureza".<sup>39</sup>

"Sendo, pois, [prossegue Francisco Campos] todas elas de ordem constitucional, terão, igualmente, a mesma força, que lhes provém não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não podendo conceber que se reserve ao legislador o arbítrio de distingui-las, para o efeito de sua observância, em essenciais ou substanciais, a saber, imperativas ou mandatórias, e em acessórias ou de mera conveniência, isto é, diretórias".<sup>40</sup> E acrescenta, mais adiante, que "uma pro-

38. Thomas M. Cooley, *Treatise on the constitutional limitations*, 6ª ed., Boston, 1890, p. 93: "But the courts read upon very dangerous ground when they venture to apply the rules which distinguish directory and mandatory statutes to the provisions of a constitution". Usamos a tradução de Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, pp. 57 e 58.

39. *Direito constitucional*, v. I/392.

40. *Idem*, p. 392. Cf. também Lúcio Bittencourt, *ob. cit.*, p. 56; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de inconstitucionalidade no Direito brasileiro*, São Paulo, p. 48, considerando errôneo pretender distinguir, numa constituição, cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa; Alejandro E. Ghigliani, *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, pp. 3 e 4; Miguel Reale, *Parlamentarismo brasileiro*, p. 113.

visão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte – presunção irremovível por argumentos em contrário – matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, de ordem substancial, portanto".<sup>41</sup>

13. Aceitamos plenamente essa argumentação, como se verá quando formos examinar certa corrente doutrinária italiana que resuscitou, em termos mais amplos e mais profundos, a distinção das normas constitucionais em mandatórias e diretórias, ao sustentar que as constituições contêm cláusulas *preceptivas*, de caráter impositivo e peremptório, e cláusulas *diretivas*, de caráter não-obrigatório, podendo ser até desrespeitadas pela legislação ordinária, sem que esta seja, por isso, inválida. Aliás, de passagem, o assunto já foi focalizado, quando estudamos a natureza jurídica das normas constitucionais.

### III – Normas constitucionais "self-executing" e "not self-executing"

14. Como acontece com quase todos os grandes temas do direito constitucional, foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*,<sup>42</sup> que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de *disposições* (normas, cláusulas) *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, ou, ainda, *bastantes em si*, e *disposições não auto-aplicáveis*, ou *não auto-executáveis*, ou *não-executáveis por si mesmas*, ou, ainda, *não-bastantes em si*.<sup>43</sup>

A distinção surgiu da verificação de que as constituições constanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidos e aplicados pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. São, na expressão de Ruy, "largas sínteses, sumas de princípios gerais,

41. *Ob. cit.*, p. 395.

42. Cf. Cooley, *ob. cit.*, pp. 98-101.

43. Cf. Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. 2/475 e ss., onde expõe, com aquela invulgar e invejável erudição, a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto.



onde, por via de regra, só se encontra o *abstractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação".<sup>44</sup>

15. Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.

Cooley conceitua-as do seguinte modo: "Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei".<sup>45</sup>

Ruy Barbosa, fundado nos autores e na jurisprudência norte-americanos, difundiu a doutrina entre nós, e conceitua as normas auto-executáveis como sendo "as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação".<sup>46</sup> Não auto-executáveis são as que "não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem".<sup>47</sup>

16. Ruy Barbosa, analisando aquela doutrina, oferece ampla exemplificação, donde extrai hipóteses de normas constitucionais *auto-aplicáveis por natureza*, e seriam aquelas que consubstanciam:

44. Ob. cit., pp. 477 e 478.

45. Ob. cit., pp. 99 e 100. Trad. de Ruy Barbosa, ob. cit., p. 495.

46. Ob. cit., p. 488.

47. Idem, p. 489.

I – vedações e proibições constitucionais;

II – os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem;

III – as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais.<sup>48</sup>

Além dessas, pelo conceito acima, também são auto-aplicáveis as que não reclamem, para a sua execução:

I – a designação de autoridades, a que se cometa especificamente essa execução;

II – a criação ou indicação de processos especiais de sua execução;

III – o preenchimento de certos requisitos para sua execução;

IV – a elaboração de outras normas legislativas que lhes revistam de meios de ação, porque já se apresentam armadas por si mesmas desses meios, ou seja, suficientemente explícitas sobre o assunto de que tratam.

17. Prescindimos de dar exemplos aqui, porque teremos que voltar ao tema, quando, então, nossa análise se apoiará em tese mais consentânea com o constitucionalismo contemporâneo. De fato, a doutrina atual sobre a aplicabilidade das normas constitucionais opõe sérios reparos à teoria exposta e procura reelaborar a matéria, sob outras perspectivas e segundo exigência do conteúdo sócio-ideológico das constituições do após-guerra.

A classificação pura e simples das normas constitucionais em *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis* não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras "sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei". O próprio Ruy, no entanto, já reconhecia que "não há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos".<sup>49</sup> Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvi-

48. Idem, pp. 482 e ss.

49. Ob. cit., p. 489. Cf., a propósito, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, pp. 299 e ss.

mentos mediante legislação ordinária, nem as ditas *não auto-aplicáveis* são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

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

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, “porque todas são, de modo unívoco, *constitucionalmente* cogentes em relação a seus destinatários”, como assinala De Simone,<sup>50</sup> também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que “não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos (...) incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente”.<sup>51</sup>

18. A teoria clássica norte-americana não destaca, como acentua a crítica, a importância das normas programáticas que revelam o novo caráter das constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão ordenada e científica de seus variados efeitos jurídicos, assim como das demais normas de princípios constantes das cartas políticas do mundo atual, que consagram novos valores e reclamam a realização de outros ideais na vida política e social, perseguindo a concretização do bem comum.<sup>52</sup>

Disso tudo defluiu (como notou Meirelles Teixeira) a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria, aproveitando-se, sem dúvida, muito do ensinamento da clássica teoria das normas *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis*, dando-lhe, porém, formulação mais adequada àqueles novos conteúdos das constituições contemporâneas, mais vol-

50. Cf. *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, p. 41. Cf. também J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit., p. 315.

51. Cf. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, p. 106.

52. Cf. J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit., p. 315.

tadas para a efetivação de valores sociais, ainda que imprecisamente.<sup>53</sup>

#### IV – *Concepção moderna sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais: o problema terminológico*

19. Incitados por decisões judiciais sobre a eficácia e aplicabilidade de certas normas da Constituição de seu país, os autores italianos concentraram-se na análise científica do tema, empenhando-se em largos dissídios doutrinários desde os pontos de vista mais extremados até alcançar uma orientação, ainda não satisfatória, mas já capaz de produzir resultados alentadores, mormente porque salientam a grande importância das chamadas normas programáticas na ordenação jurídica em que se inserem.<sup>54</sup>

53. Ob. cit., pp. 315 e 316.

54. Sobre o assunto a doutrina italiana já produziu vários trabalhos, destacando-se: Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, onde se reuniram vários estudos especialmente dedicados às normas constitucionais de eficácia limitada, com particular atenção às de natureza programática; Gaetano Azzariti, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, especialmente a Segunda Parte; Meuccio Ruini, *Il Parlamento e la sua riforma. La Costituzione nella sua applicazione*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, especialmente pp. 118 e ss.; Ugo Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro. I – Introduzione*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955; Saverio De Simone, *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1953; Salvatore Villari, “Sulla natura giuridica della Costituzione”, *Archivio Penale*, maio-junho/48, Segunda Parte, p. 217; Flaminio Franchini, “Efficacia delle norme costituzionali”, *Archivio Penale*, maio-junho/50, Primeira Parte, p. 201; Remo Pannain, “Rapporti tra l'art. 21 della Costituzione e l'art. 113 della legge di P.S.”, *Archivio Penale*, maio-junho/50, Primeira Parte, p. 220; Giovanni Bernieri, “Rapporti della Costituzione con le leggi anteriori”, *Archivio Penale*, novembro-dezembro/50, Primeira Parte, p. 409. Além desses trabalhos que versam direta e especificamente o tema, monografias sobre outras matérias e mesmo obras gerais de direito constitucional cuidam dele de passagem, como: Paolo Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Pádua, CEDAM, 1953, e *Le libertà nella Costituzione*, lezione, Pádua, CEDAM, 1966; Mario Galizia, *Scienza giuridica e diritto costituzionale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1954; Carmelo Carbone, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Pádua, CEDAM, 1951; Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, 4ª ed., Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1955, especialmente Parte 3ª; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, 7ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, especialmente pp. 98 e ss. e 227 e ss.

20. A Constituição italiana entrou em vigor no dia 1<sup>o</sup> de janeiro de 1948. Já no dia 19 do mesmo mês e ano, o Tribunal Penal de Roma proferia uma decisão que suscitou importantes problemas sobre a eficácia jurídica e a aplicabilidade das normas constitucionais e pôs em questão as relações destas com as leis precedentes. A resolução daquela Corte firmou o princípio geral de que uma norma da Constituição tem a eficácia de revogar tacitamente as disposições de lei que sejam com ela incompatíveis.<sup>55</sup> O julgado, contudo, não enfrentou outros problemas que as normas constitucionais provocam relativamente à sua eficácia e aplicabilidade, mas os tangenciou, dando margem a que a doutrina os pusesse na pauta dos debates.<sup>56</sup>

Outros julgados vieram sem tardança, e puseram em xeque o valor, a natureza e os efeitos jurídicos das normas constitucionais, construindo uma teoria que as classifica em categorias, com valor e eficácia diversos. A 7 de fevereiro de 1948, a Corte de Cassação Penal repeliu uma tese radical, que sustentava que a Constituição continha, por natureza, somente normas diretivas, e estatuiu “que a Constituição é um complexo de normas jurídicas, que são principalmente preceptivas, mas que também podem ser apenas diretivas ou programáticas, enquanto tenham por destinatário, além dos sujeitos de direito, também o futuro legislador ordinário, ante o qual a norma jurídica constitucional é posta num grau hierárquico mais elevado. Mais precisamente, as normas consagradas na Constituição – feita exceção daquelas que habitualmente lhe constituam o preâmbulo – são preceptivas, como todas as normas jurídicas; mas algumas são de imediata aplicação, outras não. É mister examinar caso por caso”.<sup>57</sup> Acabou concluindo, como mostra a ementa do acórdão, que *as disposições constitucionais, às vezes, são de natureza programática, às vezes de natureza jurídica*.<sup>58</sup>

55. Cf. *La Giustizia Penale*, maio/48, fasc. V, Parte Segunda, col. 309.

56. Essa decisão foi comentada por Ernesto Bataglini, “L’art. 27 della Costituzione e l’art. 57, n. 1, del Codice Penale”, *La Giustizia Penale*, cit. na nota anterior, col. 309, extraindo conclusão diversa da do julgado, embora sem enfrentar diretamente o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

57. Cf. *Archivio Penale*, maio-junho/48, Segunda Parte, p. 215.

58. No original, diz a ementa, em sua totalidade: “Le disposizioni contenute nella Costituzione sono talvolta di natura programmatica, talvolta di natura giuridica. La norma contenuta nell’art. 28, [sic, mas o art. é 25] 2<sup>o</sup> comma, della Costituzione, relativa alla irretroattività della legge penale, ha valore programmatico e non obbliga il giudice”. O dispositivo em causa institui o princípio do *nullum cri-*

Dessa decisão surgiram duas afirmativas que encontraram eco em parte da doutrina, mas geraram penetrante crítica, também. A primeira consistiu na classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia, em *preceptivas* e *diretivas*, semelhante àquela distinção das normas em *mandatórias* e *diretórias* da doutrina norte-americana, hoje ultrapassada, conforme vimos. A segunda refere-se à distinção das normas constitucionais em programáticas e de natureza jurídica, o que equivale, conseqüentemente, a negar juridicidade às primeiras. Tese acolhida por Azzariti, que sustentou que essas normas puramente diretivas se limitam a indicar uma via ao legislador futuro, não sendo nem mesmo verdadeiras normas jurídicas, negando-lhes qualquer eficácia, e, mesmo que a lei delas divirja, ainda serão válidas.<sup>59</sup> A maioria dos autores, porém, tece severas críticas a essa teoria, e seria mesmo de estranhar houvesse numa constituição rígida – instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade – normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de serem inscritas nela atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo.<sup>60</sup>

*men sine lege*. correspondente ao inciso XXXIX do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988; assim mesmo foi tido como de caráter diretivo pela Suprema Corte de Cassação italiana no julgado mencionado.

59. Ob. cit., pp. 98 e 99. No mesmo sentido Giovanni Bernieri, “Rapporti della Costituzione con le leggi anteriori”, *Archivio Penale*, novembro-dezembro/50, Primeira Parte, p. 409; e Salvatore Villari, “Sulla natura giuridica della Costituzione”, *Archivio Penale*, maio-junho/48, Segunda Parte, p. 217, comentando a questionada sentença, mas fundado em pressupostos diversos, sustenta que a constituição formal não é lei; sua eficácia jurídica é conferida pela coincidência com a constituição permanente, aquela instrumental e de fato, que é a única constituição vigente; quando as normas da *constituição formal* coincidem com as da *constituição efetiva ou de fato*, quer-se dizer que as normas da *constituição formal* são preceptivas; quando, ao contrário, não coincidem, quer-se dizer que as normas da *constituição formal* são diretivas e servem para indicar, aos órgãos incumbidos de manifestar a vontade do Estado, o que a *constituição efetiva* quer. “Si tratterebbe [conclui o autor] di un invito ad uniformarsi alla *Costituzione efetiva*, di modo que, con un atto valido (legge), gli organi legislativi facciano cessare l’efficacia di una norma que, per avere forza cogente sua propria, come tutte le norme giuridiche, continua ad avere vigore anche dopo la emanazione di una *Costituzione scritta* che, non avendo forza cogente propria, non può automaticamente fare considerare decaduta una norma preesistente in contraste con la *Costituzione formale*”. A confusão do autor entre eficácia jurídica e eficácia social é evidente, e situa-se no plano puramente sociológico, onde pode ter alguma validade.

60. Cf. Flaminio Franchini, “Efficacia delle norme costituzionale”, *Archivio Penale*, maio-junho/50, Primeira Parte, p. 203; Ugo Natoli, ob. cit., p. 23; Balla-

21. Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutro lugar. Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, como a declaração do art. 170 da Constituição: "A ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"; ou estas: "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica" (art. 218); "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional" (art. 215).

22. Enfim, com todas essas discordâncias<sup>61</sup> e posições insustentáveis, a jurisprudência e a doutrina itálicas formularam uma classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, que assim se apresenta: a) normas *diretivas*, ou *programáticas*, dirigidas essencialmente ao legislador; b) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, de aplicabilidade imediata; c) normas *preceptivas*, *obrigatórias*, mas não de aplicabilidade imediata.<sup>62</sup>

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

dore Pallieri, ob. cit., pp. 321-327. De resto, Francisco Campos, em substancioso parecer, hoje incorporado ao v. I de seu *Direito constitucional*, sob o título de "Elaboração legislativa", proferido em 1919, já sustentava a juridicidade de todas as normas constitucionais, ao repelir a distinção entre normas mandatórias e diretivas, como já vimos no texto.

61. Para as várias posições: Remo Pannain, trabalho cit., *Archivio Penale*, maio-junho/50, Primeira Parte, pp. 220 e ss.

62. Cf. Gaetano Azzariti, ob. cit., p. 103; Pannain, trabalho cit. na nota anterior; Biscaretti di Ruffia, ob. cit., p. 230.

cação permanecer suspensa, não atingirão a eficácia das leis anteriores.<sup>63</sup>

Essa classificação e sua terminologia são falsas e inaceitáveis, pela própria im procedência das premissas em que assentam, pois fundamentam-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas, que já criticamos. Normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas.<sup>64</sup> Em sentido geral, já demonstramos, com base na melhor doutrina, que todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Mostraremos, ainda, que as chamadas normas programáticas, tidas pela doutrina supra como diretivas e ineficazes, exercem relevante função na ordenação jurídica do país e têm efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só aos legisladores, como não raro se afirma.

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

#### V – A triplíce característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade

24. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na

63. Cf. Gaetano Azzariti, ob. cit., p. 103, cuja lição constituiu apoio ao texto acima, traduzida quase *ipsis litteris*.

64. Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas posições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 *floral*, ano 11, que dispunha: "le peuple français reconnaît l'existence de l'Être suprême et l'immortalité de l'âme"; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.

plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão-só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: *a)* normas constitucionais de *eficácia plena*, que seriam aquelas de imediata aplicação; *b)* normas constitucionais de *eficácia limitada*, distinguindo-se estas, ainda, em: 1) normas *de legislação* e 2) normas *programáticas*.<sup>65</sup>

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

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

- I – *normas constitucionais de eficácia plena*;
- II – *normas constitucionais de eficácia contida*;
- III – *normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida*.

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

65. É o que se deduz da lição de Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. Lição, essa, adotada, entre nós, por J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit., p. 317.

qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

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

Deixamos de dar exemplos aqui, já que nos capítulos seguintes examinaremos essa matéria pormenorizadamente.

26. É fácil observar, pela simples leitura das constituições contemporâneas, que as normas de eficácia limitada apresentam categorias distintas. Basta um exemplo extraído de nossa Constituição, comparando-se duas de suas disposições: *a)* “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios” (art. 33); ou: “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios” (art. 88); ou, ainda: “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República” (art. 90, § 2<sup>o</sup>); e: “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional” (art. 91, § 2<sup>o</sup>). Trata-se, como desde logo se vê, de prescrições constitucionais de eficácia limitada, pois não regulam direta e imediatamente a matéria referente às entidades e órgãos mencionados; o constituinte preferiu incumbir dessa tarefa o legislador ordinário (*a lei indicará ..., regulará ..., a lei disporá ...*); *b)* “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)” (art. 196); ou: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um (...)” (art. 217); “dever do Estado”, aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e 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, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.

Baseada nessas circunstâncias, a doutrina, como já indicamos, estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos:

a) normas *programáticas*, como as dos arts. 196 e 217, citados, que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.); e

b) normas *de legislação*, como aquela primeiramente apresentada, que não têm conteúdo *ético-social*, mas se inserem na parte organizativa da constituição.<sup>66</sup>

Essa terminologia não corresponde, porém, à realidade, pois há normas programáticas que também são *de legislação*, porque remetem à lei para incidir, como é exemplo a do inciso V do art. 203 da Constituição: "garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei". Demais, a expressão *normas de legislação* não indica o conteúdo da norma, critério em que se baseia a distinção.

27. Reconhecemos a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o fenômeno que está nos preocupando. Todas as normas de eficácia reduzida, no entanto, limitam-se a positivar *princípios* ou *esquemas* sobre a matéria objeto da cogitação do constituinte, o qual deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo sua concreção normativa, refiram-se, ou não, a uma legislação futura. A diferença é que umas declaram princípios regulativos ou institutivos, e outras, princípios programáticos. Por outro lado, o critério da legislação futura é falho, porque há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também,

66. Cf., a propósito: J. H. Meirelles Teixeira, ob. cit., pp. 317 e ss.

mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais. Exemplo: "os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei" (art. 37, I). Em casos como esse, o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que dependem de legislação. Esta, em conseqüência, servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo que se poderá admitir, como já admitimos, a *classe das normas de eficácia contida*,<sup>67</sup> isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.). Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma será de aplicabilidade imediata e expansiva.

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

67. Autores há que sugerem *normas de eficácia "contível"*, em lugar de *normas de eficácia "contida"*, porque elas contêm a possibilidade de ser contidas, e o "contível" é que exprimiria essa potencialidade, enquanto o "contida", passado, revelaria já o efeito da contenção. Outros preferem falar em norma *restringível*, passível de restrição. O fato importante, contudo, é que se reconhece o fenômeno que queríamos apontar. Mais profunda é a crítica do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando declara que "a distinção, feita por José Afonso da Silva, entre "normas de eficácia plena" e "normas de eficácia contida" não separa duas espécies de normas quanto à eficácia, mas duas subespécies de normas em que está presente a plenitude da eficácia. Rigorosamente, a lição de José Afonso da Silva levaria, dentro da lógica, a distinguir duas espécies de normas quanto à eficácia e à aplicabilidade: as *normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência* e as *normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida*. E a subdivisão das primeiras em: *normas plenamente eficazes propriamente ditas* (as que ao ver de José Afonso da Silva não poderiam ter o seu alcance restringido pelo legislador) e as *normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata mas restringível pelo legislador*" (cf. "O Sistema Financeiro Nacional. Limitação de juros. Comentários ao art. 192", in *Direito constitucional econômico*, p. 140). É observação que também não muda a essência das coisas, pois o essencial é que se reconhece a existência da diferença entre ambas, seja como gêneros diversos, seja como espécies do mesmo gênero; nem a lógica formal aplicada pelo ilustre professor melhora muito, pois, para exprimir uma das espécies da outra, ele teve de utilizar a expressão "normas plenamente eficazes propriamente ditas", o que significa que, se são "propriamente ditas", é porque essa espécie representa a natureza essencial do gênero, enquanto a outra, que não é "propriamente dita", é algo de essência diversa.

Normas constitucionais  
quanto à eficácia  
e aplicabilidade

- (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral
- (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral
- (3) normas de eficácia limitada
  - (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos
  - (b) declaratórias de princípio programático<sup>68</sup>

68. Celso Antônio Bandeira de Mello ofereceu uma classificação das normas constitucionais do ponto de vista da *posição jurídica em que os administrados se vêem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais*, que traz certamente uma boa contribuição ao tema, sem que se pretenda substituir a nossa, como ele próprio diz. Distingue, assim, as normas constitucionais em três categorias: *a) normas concessivas de poderes jurídicos; b) normas concessivas de direitos; e c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida* (cf. "Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social", tese n. 8 apresentada à *IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, Florianópolis-SC, 2-6.5.82, "Separata", pp. 14 e ss.). Não é o caso, aqui, de fazer apreciação sobre essa classificação, mas se pode dizer que a terminologia "normas definidoras de uma finalidade a ser atingida", que corresponde às tradicionalmente chamadas *programáticas*, merece atenção, por afastar uma terminologia hoje muito comprometida com ideologias desqualificadoras do caráter jurídico dessas normas. A classificação de Luís Roberto Barroso – como: *a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direito; e c) normas constitucionais programáticas* (ob. cit., p. 88) – está em outro plano, que é objeto do Capítulo VI deste Título II desta monografia, o da estrutura normativa das constituições. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que, lamentavelmente, não melhorou em nada a nossa. Distinguem as normas constitucionais em dois grupos: *a) normas constitucionais quanto ao modo de incidência; e b) normas constitucionais quanto à produção de efeitos*. As primeiras, à sua vez, são: *a) por via de aplicação*, distinguindo-se em normas *regulamentáveis* e normas *irregulamentáveis*; *e b) por via de integração*, distinguindo-se em normas *complementáveis* e normas *restringíveis*. As segundas são de dois tipos, também: *a) normas de eficácia parcial*, que são normas *complementáveis*; *e b) normas de eficácia plena*, distinguindo-se em normas *regulamentáveis*, normas *irregulamentáveis* e normas *restringíveis* (cf. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 63). Separar a aplicabi-

29. Os capítulos seguintes serão dedicados ao desenvolvimento da análise dessas normas e de sua problemática, reservando-se um capítulo para cada categoria. Em outros três capítulos procuraremos delimitar outras questões que as envolvem, a todas, com outros temas constitucionais e gerais.

lidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes, confunde e cria redundâncias desnecessárias. Pinto Ferreira sugere a seguinte classificação: *a) normas constitucionais de eficácia absoluta*, não emendáveis, com força paralisante total sobre as normas que lhes conflitarem; *b) normas constitucionais de eficácia plena*, constitucionalmente emendáveis; *c) normas constitucionais de eficácia contida; d) normas constitucionais de eficácia limitada* (como as programáticas) (cf. "Eficácia (direito constitucional)", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 30). Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação: *a) normas com eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível; d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação* (*Norma constitucional e seus efeitos*, p. 97). Não nos parece cabível a classe de normas de *eficácia absoluta* de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, uma vez que se baseia em critério de modificabilidade constitucional, e não no critério da aplicabilidade. Deste ponto de vista, nada mais são do que normas de eficácia plena. Jorge Miranda faz uma classificação das normas constitucionais muito útil, sob diversos critérios (cf. *Manual de direito constitucional*, t. II/212-223); mas, do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, sua classificação se reduz a não mais do que: *a) normas constitucionais preceptivas* e normas constitucionais *programáticas; b) normas constitucionais executíveis e não-executíveis; c) normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais* (p. 216).