

AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE ACORDO COM A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE*

Pedro Manoel Abreu
Desembargador do TJSC

1. Introdução

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

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

Como lembra Paulo Bonavides,² com a programaticidade do estado social, o conceito de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo, entrou em crise. E hoje o drama do constitucionalismo contemporâneo reside justa-

* Tema exposto no Seminário 3 da disciplina Fundamentos do Direito Constitucional do Mestrado em Direito da UFSC, sob a cátedra do Professor Doutor Sílvio Dobrowolski, em data de 9/8/1999.

1 BARROSO, Luiz Roberto. *A Constituição e a efetividade de suas normas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, págs.41-114.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, págs. 200-227.

mente no fato de desejar-se uma programaticidade jurídica e não uma programaticidade sem positividade, sem efetividade. Enfim, uma Constituição verdadeira, na expressão de Rudolf Smend,³ refletindo a concepção de vida e um sistema de valores, exprimindo os componentes espirituais de uma realidade cultural.

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

2. Do conceito político ao conceito jurídico das Constituições

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

Foi notadamente com a Constituição brasileira de 1824 e belga de 1832 que as cartas liberais passaram a ter uma definição jurídica. Já no

3 SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. In *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlim, 1955.

4 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, pág. 270.

5 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 155.

6 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 200.

7 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 201.

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

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

Para Canotilho, “O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas”.¹⁴ No seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei: o direito constitucional é direito positivo, na definição de *F. Müller*. Nesta perspectiva *Garcia de*

8 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, págs. 203-204.

9 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 205.

10 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 207.

11 LASSALE, Ferdinand. *Que es una constitución*, Buenos Aires, 1946.

12 BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág.208.

13 SMEND, Rudolf *apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, pág. 209.

14 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pág. 183.

Enterria fala na “constituição como norma” e *K. Hesse*, na “força normativa da constituição”.¹⁵

3. A frustração constitucional e a juridicização do fato político

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

No plano ideal, será tanto melhor a Constituição quanto com maior facilidade se puder efetuar mudanças na vida social sem abalar a mecânica do processo político.¹⁷ No Brasil, infelizmente, há uma tentação permanente de reformar a Constituição, sob a inspiração de fatores contingenciais e efêmeros,¹⁸ como se observa, agora, no atual quadro da vida política brasileira, em que a Constituição tem sido mutilada por inspiração do modelo neoliberal instalado no governo.¹⁹

Lembra *Barroso*, ao confrontar o nosso modelo constitucional com o americano, que não importa que a Carta não seja sintética. Importa sim, que tenha um texto analítico e não casuístico. Uma Carta analítica é mais suscetível de mudanças futuras, em vista do impacto da dinâmica política. O casuísmo, ao contrário, é “a patologia do analítico”.²⁰

Não se diga, entretanto, que o tempo de duração da Carta seja indicativo seguro de seu êxito, bastando lembrar as ditaduras do Haiti (de Duvalier) e da Nicarágua (Somoza). A frustração do constitucionalismo no Brasil e na América Latina, todavia, pode ser medida pela inflação de textos de curta duração aliada à crônica instabilidade dos regimes políti-

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, pág. 183.

16 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 45.

17 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 48.

18 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 50.

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

20 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 54.

cos a que dão sustentação jurídica. Registre-se que da independência até hoje os países latino-americanos editaram 267 Códigos Políticos. Somente a República Dominicana, 32; Venezuela, 27; Equador, 22; Bolívia, 20.²¹

Confrontando as normas constitucionais e a realidade do poder, Karl Loewenstein elaborou a classificação ontológica das Constituições, diferenciando-as segundo seu caráter normativo, nominal ou semântico. A Constituição normativa não seria apenas a juridicamente válida, mas aquela vivamente integrada na sociedade. Inversamente, a Constituição semântica seria a subalterna formalização de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder. Na Constituição nominal, a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, conservando ela um caráter educativo e prospectivo. Há uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o tempo. Transplantando essa classificação para o sistema constitucional brasileiro, na República, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 teriam sido nominais, já as Cartas de 1937, 1967 e 1969 teriam sido semânticas. Espera-se, agora, consolidar uma Constituição normativa.²²

Enfocando o fenômeno do que denomina de *juridicização do fato político*, Barroso traça, em verdade, um perfil histórico do constitucionalismo moderno. Sublinha que, em 1863, em conferência proferida para intelectuais e sindicalistas alemães, Lassale desenvolveu os fundamentos do sociologismo constitucional, formulando o entendimento de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade.²³ Numa vertente oposta, situa-se a visão estritamente jurídica da Constituição. Hans Kelsen,²⁴ com seu normativismo metodológico, levou às últimas conseqüências a idéia de Constituição como um sistema de normas, purificada de quaisquer elementos sociológicos, políticos ou filosóficos.²⁵ Duguit sustenta que o Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma determinada

21 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 56.

22 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 62/63.

23 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 63/64.

24 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, “*Teoria general del Estado*” e “*Teoria general del Derecho y del Estado*”.

25 KELSEN, Hans *apud* BARROSO, Luiz Roberto, *Op. cit.*, págs. 64/65.

sociedade.²⁶ De seu turno, Gramsci observa que o Direito não exprime toda a sociedade, mas a classe dirigente, que impõe a todo o grupo social aquelas normas de conduta que estão mais ligadas à sua razão de ser e ao seu desenvolvimento.²⁷ Acentua Barroso que há um consenso doutrinário razoável que o Direito Constitucional, mesmo em sua dimensão positiva, expressa a síntese da tensão entre a norma e a realidade com a qual se defronta.²⁸ E acrescenta: “Com o desenvolvimento das idéias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do processo econômico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição alemã de Weimar, de 1919”.²⁹

4. Natureza jurídica das normas constitucionais

Consoante José Afonso da Silva, *normas constitucionais* são todas as regras que integram uma constituição rígida.³⁰ Uma das conseqüências da rigidez é exatamente transformar em constitucional todas as disposições que integram a constituição.³¹ Nossa Carta Política é de natureza rígida, uma vez que só pode ser modificada por processo legislativo diverso do previsto para a formação de outras leis (arts. 61 a 69). Isso significa que todas as disposições que a integram são formalmente constitucionais.³²

A Constituição, por evidente, nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponda às aspirações socioculturais da sociedade a que se destina.³³ O termo aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma.³⁴ Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas.

26 DUGUIT, Leon *apud* BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 65.

27 GRAMSCI, Antônio *apud* BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 65.

28 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, págs. 66/67.

29 BARROSO, Luiz Roberto. *Op. cit.*, pág. 68.

30 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 44.

31 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 46

32 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

33 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

34 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 51.

Juridicamente, depende de saber se estão *vigentes*, se são *legítimas*, se têm *eficácia*.³⁵

Vigência, de outro vértice, é a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, exigível sob certas condições, não se confundindo com *eficácia*, sendo condição de efetivação desta.³⁶ Neste tocante, a Constituição, assim como as leis em geral, possui cláusula de vigência, determinando o momento em que começará a vigor e, com isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios do seu conteúdo.³⁷ O prazo que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada em vigor é denominado *vacatio constitutionis*. Durante a *vacatio* continuam em vigor as normas anteriores. Assim, a lei que tenha sido editada neste período será inválida se contrariar as normas constitucionais existentes, mesmo quando esteja de acordo com a constituição já promulgada, mas não vigente.³⁸ Tal lei, todavia, vale enquanto perdurar a *vacatio*, ficando revogadas por inconstitucionalidade, com a vigência do novo texto.³⁹

Sobre legitimidade, diz-se que as normas ordinárias e complementares são legítimas quando se conformam formal e substancialmente com os ditames da constituição.⁴⁰

No pertinente à *eficácia*, diz-se que uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por isso, eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispondo de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para isso, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.⁴¹

35 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 52.

36 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 53.

37 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 53. Anote-se que a Carta de 1967, promulgada em 24/1/67, entrou em vigor em 15/3/67 (art.189). A de 1969, promulgada em 17/10/69, entrou em vigor em 30/10/69. A CF/88 não trouxe cláusula de vigência e de promulgação, mas vários de seus dispositivos, especialmente do ADCT, estabelecem prazos a partir de sua promulgação, vale dizer que ela entrou em vigor desde sua promulgação, em 5/10/88, como observa o aludido jurista.

38 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 54.

39 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 55.

40 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 55.

41 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 60.

5. Eficácia das normas constitucionais

O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas enfrenta incertezas terminológicas. Para aludir a existência do Direito, os juristas recorrem a diversas terminologias, como *positividade*, *vigência*, *eficácia*, *observância*, *factividade* e *efetividade*.⁴²

O *sociologismo jurídico* reduz o problema da vigência ao da eficácia. Vigente seria o Direito que obtém, em realidade, aplicação eficaz. Sob essa perspectiva, muitas normas constitucionais, especialmente as chamadas *programáticas*, não adquiririam vigência enquanto uma lei não as atuasse efetivamente.⁴³

Já o *normativismo* de *Kelsen* distingue com precisão vigência de eficácia. A vigência pertenceria ao mundo do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*. Significa a existência específica da norma; ao passo que a *eficácia* é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida, pertencendo à ordem do *ser*. Acha, todavia, que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma.⁴⁴

A ciência do Direito enfrenta o problema da classificação das normas, com proveito para o Direito Constitucional. Pelo seu caráter imperativo as normas jurídicas revelariam uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou *não-agir*, distinguindo-se, por isso, as normas jurídicas em *preceptivas* — as que impõem uma conduta positiva (ex.: arts. 5º, *caput*,⁴⁵ 44,⁴⁶ 164,⁴⁷) — e *proibitivas* — as que impõem uma omissão, uma

42 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 63.

43 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 64.

44 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 65.

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

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

47 “Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.”

conduta omissiva, um não-ato, não-fazer (ex.: arts. 5º, III,⁴⁸ XLV,⁴⁹ XXXVII,⁵⁰ XI,⁵¹ 14, § 2º,⁵² 17, § 4º,⁵³ 142, § 3º, IV⁵⁴).⁵⁵

Del Vecchio classificou as normas jurídicas em *primárias* (suficientes por si mesmas) e *secundárias* (não bastantes por si mesmas, dependentes de outras). Lembra J. Afonso da Silva que a existência de normas permissivas, que não determinem a obrigatoriedade de uma conduta positiva ou omissiva, induziu parte da doutrina a afirmar que nem todo o Direito é imperativo.⁵⁶

A doutrina estabeleceu a clássica distinção das normas, sob o ponto de vista da eficácia, em *coercitivas* (*preceptivas e proibitivas* — impondo uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes) e *dispositivas* (as que completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais). As normas constitucionais pertenceriam essencialmente ao *ius cogens*, sendo controvertida a questão relativa à existência de normas constitucionais dispositivas.⁵⁷

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

48 “Art. 5º, III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

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

50 “Art. 5º, XXXVII — não haverá júízo ou tribunal de exceção.”

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

52 “Art. 14, § 2º — Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.”

53 “Art. 17, § 4º — É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

54 “Art. 142, § 2º, IV — ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.”

55 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 67.

56 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 69.

57 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 70-71.

auto-executáveis, não auto-aplicáveis, *não bastantes em si*) são as de aplicabilidade dependentes de leis ordinárias.⁵⁸

Na perspectiva de que todas as normas constitucionais são providas de eficácia, José Afonso da Silva discrimina-as em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida; normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.⁵⁹ Propõe uma classificação quanto à eficácia e aplicabilidade, classificando-as: 1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; 2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; 3) normas de eficácia limitada — *a*) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; *b*) declaratórias de princípio programático.⁶⁰

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

58 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 73-74.

59 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 82.

60 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 86.

5.1. Normas constitucionais de eficácia plena

A orientação doutrinária moderna reconhece eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológico, as quais até recentemente não passavam de princípios programáticos. A Constituição revelou, entretanto, acentuada tendência de deixar para o legislador ordinário a integração e complementação de suas normas.⁶¹ A norma constitucional de eficácia plena contém todos os elementos e requisitos para sua incidência direta e imediata.⁶² Exemplos: arts. 1º;⁶³ 15;⁶⁴ 17, § 4º;⁶⁵ 28;⁶⁶ 44, parágrafo único;⁶⁷ 45;⁶⁸ 46, § 1º;⁶⁹ 60, § 3º;⁷⁰ 76,⁷¹ 145, § 2º;⁷² 226, § 1º.⁷³

São, em suma, de eficácia plena, as normas constitucionais que:

61 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 88/89.

62 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 99.

63 “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

64 “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I — cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II — incapacidade civil absoluta; III — condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV — recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII, V — improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

65 “Art. 17, § 4º — É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.”

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

67 “Art. 44. Parágrafo único. Cada legislatura terá a duração de quatro anos.”

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

69 “Art. 46, § 1º — Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos.”

70 “Art. 60, § 3º — A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.”

71 “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

72 “Art. 145, § 2º — As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”

73 “Art. 226, § 1º — O casamento é civil e gratuita a celebração.”

*a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes complete o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.*⁷⁴

5.2. Normas constitucionais de eficácia contida

Tais normas têm as seguintes características: *a)* são normas que em regra solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura (arts. 5º, VIII, 5º, XIII, 37, I); *b)* enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena (arts. 15, IV em relação ao art. 5º, IV, VI e VIII; 14, § 9º etc.); *c)* são de aplicabilidade direta e imediata; *d)* algumas dessas normas já contêm um conceito ético-jurídico (bons costumes, ordem pública etc. *Vide:* CF 69/art. 153, § 3º, arts. 144, § 1º, I, 136, 142), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação da sua eficácia; *e)* sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, p. ex.)⁷⁵. Estão discriminadas especialmente nos direitos e garantias fundamentais, despontando também em outros contextos.

As normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público.⁷⁶

Na lição de José Afonso da Silva:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.⁷⁷

74 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 101.

75 SILVA, José Afonso da. *Pág. cit.*, págs. 104-105.

76 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116.

77 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116.

5.3. Normas constitucionais de eficácia limitada

São de dois tipos: *a)* as definidoras de princípio institutivo *ou organizativo*, ou normas constitucionais de princípio institutivo; *b)* as *definidoras de princípio programático*, ou normas constitucionais de princípio programático.⁷⁸

5.3.1. Normas constitucionais definidoras de princípio institutivo

As normas de princípio institutivo, que também poderiam chamar-se de princípio orgânico ou organizativo, caracterizam-se por indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.⁷⁹ São aquelas “através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.⁸⁰

Podem ser *impositivas*, quando determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa (ex.: arts. 20, § 2º; 32, § 4º; 33; 37, XI; 88; 90, § 2º; 91, § 2º, 107, parágrafo único, 109, VI; 111, § 3º, 113 e 128, § 5º; 121; 146; 165, § 9º; e 163 etc.) e *facultativas ou permissivas*, quando não impõem uma obrigação, limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delimitada (ex.: arts. 22, parágrafo único; 125, § 3º; 195, § 4º; 25, § 3º etc).⁸¹

Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional por omissão, por força do art. 103, § 2º, da CF. Tais normas entram em vigor na data prevista para a Constituição. Sua eficácia integral é que fica na dependência de lei integrativa. Tais normas, desde que entrem em vigor, são aplicáveis até onde possam, sendo que muitas delas são quase de eficácia plena, interferindo o legislador tão-só para aperfeiçoar sua aplicabilidade.⁸²

78 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 118.

79 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 123.

80 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 126.

81 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 127-128.

82 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 130.

5.3.2. Normas constitucionais definidoras de princípio programático

No que pertine às normas constitucionais de princípio programático, diga-se que as constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo.⁸³

São programáticas:

Aquelas normas constitucionais pelas quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.⁸⁴

Segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, as normas programáticas da Constituição podem ser indicadas em três categorias: I — Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade: *a*) participação nos lucros... (art. 7º, XI); *b*) proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX); *c*) proteção em face da automação (art. 7º, XXVII); *d*) repressão ao abuso de poder econômico... (art. 173, § 4º); *e*) incentivos para a produção e o conhecimento de bens culturais (art. 216, § 3º); *f*) estímulo às empresas que invistam em pesquisa e tecnologia (art. 218, § 4º). II — Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos: *a*) à *União* — arts. 21, IX (48, IV); 184; 211, § 1º; *b*) aos *Poderes Públicos em geral*: arts.: 215; 215, § 1º; 216, § 1º; 217; 218, § 3º; 226; 227, § 1º. III — Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral: arts. 170; 193.⁸⁵

83 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 116. Anota José Afonso da Silva que “esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios formam o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição dirigente*, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática” (*Op. cit.*, págs. 136-137).

84 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 138.

85 Cf. José Afonso da Silva, não foram incluídos o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado — o Estado, que, por isso, tem o dever de satisfazer esse direito (*Op. cit.*, págs. 149/150).

As normas de princípio programático têm as seguintes características:

I — São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia. II — São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências. III — São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos (...).⁸⁶

Diga-se que qualquer lei que atente contra alguma norma constitucional, inclusive as programáticas, deve ser declarada inconstitucional. Nesse ponto as programáticas revelam-se com eficácia plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade.⁸⁷

Concluindo, tem-se que:

As normas programáticas tem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I — estabelecem um dever para o legislador ordinário; II — condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III — informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV — constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V — condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI — criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem.⁸⁸

Lembra José Afonso da Silva que o art. 5º, § 1º, da CF estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, abrangendo, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Como algumas normas definidoras dos direitos sociais e coletivos dependem de legislação ulterior, a omissão legislativa pode ser corrigida por intermédio do Judiciário, pelos pro-

86 SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, págs. 150/151.

87 SILVA, José Afonso da. *Pág. cit.*, pág. 163.

88 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 164.

cedimentos do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Também é possível o exercício da *iniciativa popular* para a elaboração de leis integradoras da eficácia das normas constitucionais (CF, art. 61, § 2º).⁸⁹

6. A eficácia constitucional numa visão semiológica ⁹⁰

A *semiologia*, segundo Maria Helena Diniz, exerce grande papel na elaboração do discurso científico, por analisar o âmbito ideológico das informações, possibilitando efetuar uma leitura das significações normativas relacionadas entre si, com a realidade e com o valor e, ainda, com seu elaborador e destinatário.⁹¹ O recurso à semiologia é bastante útil, porquanto o direito pressupõe uma formulação lingüística, sendo a comunicação primordial para a convivência social. Além do que a norma constitucional é um fator de controle social, por prescrever condutas.⁹²

Miguel Reale,⁹³ na sua tridimensionalidade jurídica, concebe o sistema jurídico composto de um subsistema de *normas, fatos e valores* isomórficos entre si. Nessa perspectiva, deduz-se que os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação de interdependência. Se houver incongruência entre eles, há quebra de isomorfia e lacuna. Havendo conflito dentro do subsistema normativo, há antinomia, sendo este aberto e incompleto, por estar em relação de importação e exportação de informações com os outros subsistemas (fático e valorativo).⁹⁴

Na semiótica sempre são relacionados o sinal ou signo, o objeto denotado pelo signo e determinadas pessoas, apresentando-se em três dimensões: *a) Sintática*, estudando os signos ou símbolos lingüísticos relacionados entre si mesmos, prescindindo do usuário e das designações; *b) Semântica*, encarando a relação dos signos com os objetos extralingüísticos. Trata dos signos e dos objetos denotados, vinculando as afirmações do discurso com o campo objetivo a que se refere; *c) Pragmática*, estudando os símbolos lingüísticos, suas significações e as pessoas ligadas à

89 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 166.

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

91 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 16.

92 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 17.

93 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo, Saraiva, 1968.

94 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 20.

semiose, ocupando-se da relação dos signos com os usuários. A ideologia é tida como uma dimensão pragmática da linguagem.⁹⁵

6.1. Determinação dos conceitos de validade, vigência, eficácia e fundamento como problema conceitual

No conceito de *validade* em sentido amplo, cumpre distinguir entre validade constitucional, formal e fática, de um lado, e *vigência* e *eficácia* de outro. A *validade constitucional* indica que a norma é conforme as prescrições constitucionais. A validade formal significa que foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais.⁹⁶ Na validade da norma pode-se vislumbrar uma relação *sintática*, pois somente será válida se se fundar em uma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para a sua elaboração.⁹⁷ Para Alf Ross⁹⁸, em sua teoria realista, a validade jurídica apóia-se na realidade dos fatos, sendo, portanto, uma validade *semântica*, já que a norma valeria se for efetivamente obedecida.⁹⁹ Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.,¹⁰⁰ a norma válida, sob o prisma *pragmático*, é aquela cuja autoridade, ainda que o conteúdo não seja cumprido, é respeitada, sendo tecnicamente imune a qualquer descrédito.¹⁰¹ A validade fática de uma norma significa que ela é efetiva.

No período que vai da publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para a sua validade, diz-se que a norma é *vigente*. Vigência temporal, portanto, é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir concretamente seus efeitos (eficácia).¹⁰² Diga-se que a vigência poderá coincidir com a validade formal, mas nada obsta que uma norma válida tenha sua vigência postergada (*vide* LICC, art. 1º, vigência 45 dias da publicação). Ademais, uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, ten-

95 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 21.

96 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 23.

97 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 23/24.

98 De ROSS, Alf, ver *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, 1963; *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires, 1969; *Logica de las normas*. Madrid, 1970.

99 ROSS, Alf *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 24.

100 Ver FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. *Revista de Direito Tributário*, n. 52, págs. 17-18.

101 FERRAZ JUNIOR *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 24/25.

102 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 25.

do vigor para os casos anteriores à sua revogação, na preservação do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, §§ 1º a 3º).¹⁰³

A eficácia diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica e ao seu sucesso. É a qualidade do texto normativo vigente de produzir efeitos jurídicos concretos, no meio social.¹⁰⁴ Indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer ou produzir seus próprios efeitos jurídicos.¹⁰⁵

A legitimidade, num sentido ampliativo e ideológico, deve ser entendida como validade ética ou fundamento axiológico do direito, cuja finalidade é implantar uma ordem justa na vida social.¹⁰⁶ Assim, legítima será a norma constitucional advinda de um titular legítimo do poder constituinte,¹⁰⁷ mas deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça da comunidade que rege.¹⁰⁸

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

A eficácia, numa dimensão sintática, seria a aptidão técnica da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos.¹⁰⁹ Terá eficácia jurídica a norma constitucional que, tecnicamente, tiver condições de aplicabilidade.¹¹⁰ A aplicabilidade da norma dependeria de saber se ela é vigente, legítima e se tem eficácia.¹¹¹ Determinando a necessidade de sua regulamentação, enquanto esta não advier, será sintaticamente ineficaz a norma constitucional, instaurando-se uma lacuna técnica, que poderá ser suprida pelo mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI) e a iniciativa popular (art. 14, III e 61, § 2º).

103 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 26.

104 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 27.

105 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 28.

106 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 30.

107 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 30.

108 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 32.

109 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 34.

110 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 35.

111 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 35.

A eficácia constitucional, no nível sintático, pode, ainda, ser aferida no *plano temporal*, revogando as que com ela forem incompatíveis, recepcionando as que com ela não conflitam, condenando à repristinação ou operando a desconstitucionalização, dispondo para o futuro e para o passado.¹¹² Diga-se que com a implantação da nova Carta verifica-se, pela sua supremacia, a subordinação de toda a ordem jurídica aos novos preceitos. As normas conflitantes ficam imediatamente revogadas. Por outro lado, está ínsita no sistema a regra de que a nova Carta não repudia as normas anteriores com ela compatíveis,¹¹³ operando-se automaticamente a recepção.

Opera-se o fenômeno da desconstitucionalização pela recepção, pelo novo texto constitucional, como leis ordinárias, dos antigos preceitos constitucionais, que não são objeto da nova Carta.¹¹⁴ A norma constitucional pode ter eficácia pós-operante, dispondo para o futuro, não alcançando fatos pretéritos com ela conflitantes e retrooperante, regendo o passado, alcançando situações constituídas sob a égide da Constituição anterior. Sua vigência é para o futuro, mas sua eficácia pode ser para o futuro e para o passado.¹¹⁵ Para solucionar os conflitos são usados dois critérios — a) o das disposições transitórias, no próprio texto normativo; e b) o dos princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas, de construção doutrinária.¹¹⁶ A retroatividade tem caráter excepcional, já que a irretroatividade está consubstanciada na Constituição (art. 5º, XXXVI).¹¹⁷ A eficácia da nova norma está limitada pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, efeitos residuais da lei revogada.¹¹⁸ Retroagem as normas constitucionais e políticas; as normas administrativas, as processuais, principalmente as de organização judiciária e de competência e as penais, somente quando beneficiarem o réu (art. 5º, XL).^{119, 120}

112 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 42/43.

113 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 43.

114 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 47.

115 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 48/49.

116 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 49.

117 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 50.

118 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 52.

119 Ver a propósito do tema: FARIA, Bento de. Aplicação e retroatividade da lei. Rio de Janeiro, 1934, págs. 25/32; e RÁO, Vicente. O direito e a vida do direito. 1952, vol.1, págs. 452/459.

120 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, págs. 53/54.

A eficácia social respeita a relação semântica da norma (signo) não só com a realidade social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados).¹²¹ Nessa perspectiva, *semanticamente*, será eficaz a norma constitucional que tiver condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade social e aos valores positivos, sendo por isso obedecida.¹²² Nesse enfoque o problema eficaz seria o da determinação real-fática se os destinatários da norma ajustam seu comportamento ao seu comando,¹²³ ou, em suma, se a norma constitucional seria efetivamente obedecida.¹²⁴ Por isso, é necessário que o texto constitucional tenha certo respaldo nos fatos sociais a que se refere e que tenha exequibilidade,¹²⁵ em suma, que tenha aplicação jurídica e sociológica.

Temos inúmeros exemplos de eficácia jurídica sintática, sem eficácia social, por ser a norma semanticamente ineficaz (*vide* relativamente aos direitos dos trabalhadores, art. 7º, IV, XI, XVIII; função social da propriedade, arts. 170, III e 186, I a IV).¹²⁶

Como já dito, o sistema jurídico é composto de vários subsistemas — de normas, de fatos e de valores, correlatos entre si. Havendo discrepância entre eles, surge a lacuna normativa, ontológica ou axiológica. A lacuna normativa ocorre verificando-se a ausência de norma sobre determinado caso; a axiológica, havendo norma que, sendo aplicada, acarrete situação injusta; e a ontológica, quando a norma vigente não corresponde à realidade fático-social.¹²⁷ Diz-se que haverá eficácia sociológica se ela for obedecida e aplicada pela autoridade.¹²⁸

Toda norma pressupõe a pessoa que a estabelece ou fixa (emissor) e a quem se dirige (destinatário). A *pragmática* está intimamente conexas não só com as relações sintáticas e semânticas das normas constitucionais, mas também com a sua relação funcional de influir no comportamento do destinatário, que pode obedecê-las ou não.¹²⁹ Assim, se uma norma for sintaticamente eficaz, mas semanticamente inefetiva, por ser regularmente desobedecida, fala-se em inefetividade pragmática no sentido de *desuso*, isto é, omissão diante de fatos que constituem condições para a aplicação da norma. A norma em desuso não perde a eficácia; é eficaz,

121 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 56.

122 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 57.

123 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 57.

124 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 58.

125 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 58.

126 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 59.

127 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 65.

128 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 65.

129 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 68.

mas regularmente desobedecida.¹³⁰ Por isso, não é possível estudar a eficácia constitucional em seu isolamento sintático e semântico; é preciso analisar esses efeitos ligando-os ao seu destinatário, ou seja, o órgão competente para normar.¹³¹

Não há, sob o ângulo *pragmático*, norma constitucional sem eficácia. Todo e qualquer preceito que contiver um *mínimo de eficácia* tem possibilidade de produzir concretamente efeitos jurídicos. O *mínimo de eficácia* é, pois, a possibilidade da norma poder ser, concomitantemente obedecida e não aplicada pelo órgão competente; desobedecida e aplicada pela autoridade jurídica, ou ainda, ser desobedecida e não aplicada.¹³²

6.3. Estabilidade da norma constitucional como condição de sua eficácia

“É indubitável que a Constituição deva nascer das realidades contingentes do grupo social que disciplina”. Assim não fosse, seria ela, na expressão de *Ihering*,¹³³ *um fantasma de direito*, uma reunião de palavras vazias. Sem conteúdo substancial *esse direito fantasma*, como todas as assombrações, não se realizaria, não teria *eficácia social*.¹³⁴ No Brasil o nosso constitucionalismo tem sido exemplo de falta de correspondência entre a realidade fático-social e a normativa.¹³⁵

A norma constitucional é dotada de mutabilidade como tudo que pertence à história, embora possa ser estável ou duradoura.¹³⁶ Pela reforma constitucional promove-se a defesa da Constituição *dentro da Constituição*. Por isso, para evitar movimentos revolucionários, a ordem constitucional deve conter soluções para as suas crises, procurando legalmente suavizá-las, por meio de lenta transformação.¹³⁷ Nessa perspectiva, o ADCT, em seu art. 3º, previu a revisão constitucional brasileira após cinco anos, contados da promulgação e previu, igualmente, a possibilidade de ser emendada (art. 60).

Havendo abuso de poder para exercer opressão irremediável, surge o *direito de resistência*, que, em sentido amplo, reconhece aos

130 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 70.

131 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 70.

132 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 74.

133 VON IHERING, Rudolf. *L'esprit du droit romain*, t. 3, pág.16.

134 VON IHERING, Rudolf *apud* DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 77.

135 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 77.

136 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 82.

137 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 84.

cidadãos, em certas condições a recusa à obediência, a oposição às normas injustas, a resistência à opressão e à revolução.¹³⁸ É legítima a resistência se a ordem que o poder pretende impor seja falsa, divorciada do conceito ou idéia de direito imperante na comunidade.¹³⁹

Sublinha Maria Helena Diniz que “a desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei com o fim imediato de induzir o poder de mudá-la”.¹⁴⁰ Exemplo histórico de desobediência civil é o americano, durante a Guerra do Vietnã, com a recusa do serviço militar obrigatório.¹⁴¹

7. Conclusão

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

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

Notadamente o juiz, na expressão de João Luiz Duboc Pinaud,¹⁴² deverá realizar na sentença uma psicoterapia social, abandonando esse discurso da neutralidade e incorporando um ingrediente político de

138 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 88.

139 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

140 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

141 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, pág. 89.

142 DUBOC PINAUD, João Luiz. *In: XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS — Justiça, Ética e Democracia — Judiciário independente, garantia do cidadão, XVI, Gramado, 1999.*

representação popular, que se legitima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, como poder político, ajudar a resolver.

Toda Constituição, na lição já apontada de José Afonso da Silva,¹⁴³ nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponder às aspirações sócio culturais da sociedade a que destina.

E no conceito estrutural de Constituição de Garcia-Pelayo,¹⁴⁴ o direito constitucional vigente, como todo o Direito, não é pura norma, mas a síntese da tensão entre a norma e a realidade com que se defronta, concebendo a Constituição como parte integrante da ordem jurídica, da ordem estatal e da estrutura política.

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

143 SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, pág. 47.

144 GARCÍA-PELAYO, Manuel *apud* SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, págs. 41/42.