

**ANO XIII**  
**Volume 152**  
**Agosto de 1981**

# **VOX LEGIS**

*Repositório autorizado da Jurisprudência do  
Supremo Tribunal Federal*

**Registrado sob n.º 003/79**

25

# APLICAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL \*

**José Augusto Delgado**

Sumário: 1. *Introdução.* 2. *Os princípios gerais de Direito Constitucional como bases fundamentais para a aplicação das normas constitucionais.* 3. *Estrutura normativa das Constituições e estrutura lógica das normas constitucionais.* 4. *A aplicação das normas constitucionais. Método e técnicas de interpretação.* 5. *Interpretação de algumas normas constitucionais. Notas. Interpretação do art. 153, § 35, da Constituição Federal. Interpretação do art. 107 da Constituição Federal. Interpretação do art. 99 da Constituição Federal.*

## 1. Introdução

O estudo da aplicação da norma constitucional deve ser iniciado com o pensamento voltado para o seu conceito. Este, por sua vez, deve ser buscado, inicialmente, com a fixação da diferença existente entre constituição e normas constitucionais.

Entre as inúmeras definições apresentadas pela doutrina sobre *Constituição de um Estado*, a nossa preferência se firma na do Prof. José Afonso da Silva, a saber: "Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação" (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 7, vol. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976).

Da definição citada, a pesquisa se fixa na busca de construir o aspecto conceitual de Constituição, dividindo-se o caminhar em dois ângulos; a) o que inspira o sentido geral de constituição; b) o que estabiliza o sentido jurídico de constituição.

---

\* Palestra proferida no Seminário sobre *Direito Constitucional* promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

A Constituição, em sentido geral, designa a organização fundamental e total do Estado, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. É uma visão unilateral, conforme feliz observação de Manuel Gonçalves Ferreira Filho (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, pág. 330, vol. 18, verbete “Constituição” — III) que faz nascer, demonstra, uma concepção deformada da realidade, por corresponder: a) a um “econômismo para o qual a Constituição seria o modo de produção e apropriação do que serve à vida material” (idéia marxista); b) a um “sociologismo para o qual a Constituição seria a forma de ser da sociedade, produto das situações e estruturas sociais presentes”; c) a um “judicismo para o qual ele se resumiria nas regras de direito”.

Por constituição, em sentido jurídico, entende-se “o conjunto de regras concernentes à forma de governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., pág. 331).

Não nos contentando com as posições citadas, por entendermos ser incompletas, como pensamento final sobre o assunto, ficamos com o entendimento de Santi Romano (*Princípios de Direito Constitucional Geral*, pág. 4, trad. de Maria Helena Diniz, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977), de que uma constituição contém normas que marcam a “própria existência do Estado, o qual começa a existir apenas quando há alguma constituição que lhe dá forma e determinada fisionomia; estabelece e reúne seus elementos essenciais e, conseqüentemente, as pessoas e instituições menores que concorrem para a formação de sua estrutura; circunscreve a sua esfera de eficiência; indica-lhe os fins e os interesses fundamentais, assim como os poderes, os direitos e as obrigações que são atribuídos aos vários sujeitos; organiza o seu governo, ou seja, o conjunto de mecanismos por meio dos quais aqueles poderes ou direitos são exercidos; estabelece e regula as liberdades públicas e as autonomias; fixa os princípios mais gerais, a partir dos quais se desenvolvem aquelas particularidades dos vários ramos de sua ordenação”.

Partindo do primeiro marco, o que representa o conceito de constituição, vamos trábalhar sobre o que se lhe segue, que vai espelhar o conceito de normas constitucionais.

Com razão, José Afonso da Silva (“Normas constitucionais”, pág. 41, na obra *A Norma Jurídica*, coordenação de Sérgio Ferraz, Freitas Bastos, 1980) afirma que “norma constitucional é qualquer prescrição que figure numa constituição rígida, portanto, numa constituição formal, como dissera Francisco Campos: ‘No regime de constituição escrita ou rígida, o que imprime a uma disposição o cunho constitucional não é a matéria ou conteúdo, senão a categoria da lei de que faz parte’”.

As normas constitucionais são distinguidas em materiais e formais. Estas são todas aquelas que “integram uma constituição rígida, pouco importando o seu conteúdo efetivo, porque só elas constituem fundamento de validade do ordenamento jurídico do Estado” (José Afonso da Silva, “Normas constitucionais”, “in” ob. cit., pág. 39).

As materiais são as que têm somente a natureza constitucional, por se destinarem a um objeto específico e não se constituírem fundamento de validade de outras do ordenamento jurídico. A exemplificar, as que se contêm nos códigos eleitorais que não se distinguem das prescrições ordinárias, pelo que perdeu muito de seu significado constitucional, não obstante serem, também, normas constitucionais, como observa José Afonso da Silva (“Normas constitucionais” “in” ob. cit., págs. 39/40).

As normas jurídicas constitucionais são dotadas de duas características específicas: a) a de possuírem uma superlegalidade; b) a de terem uma imutabilidade relativa.

Apoiando a primeira característica, deve ser citado o pensamento de Léon Duguit, lembrado por Pinto Ferreira (verbete “Constituição” “in” *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 18, pág. 319), quando afirma, em seu *Tratado de Direito Constitucional*, que as leis constitucionais são feitas de uma forma particular por um órgão especial, não podendo ser modificadas, nem ab-rogadas pelo legislador ordinário.

Do mesmo modo pensa Kelsen (*Teoria Geral do Estado e do Direito*, 1945, pág. 124), quando sustenta que “pressupondo a norma básica, a constituição significa o mais alto nível dentro do direito”.

Quanto à característica de imutabilidade relativa, é suficiente registrar, como convencimento estável, o pensamento de Schmitt, na sua *Teoria da Constituição*, citado por Pinto Ferreira (“Constituição”, verbete já citado, pág. 319): “A nota final da constituição ou da lei constitucional se encontrará em que as mudanças constitucionais estão submetidas a um processo especial em condições mais difíceis. Mediante as condições de reforma ou revisão dificultadas, protege-se a duração e a estabilidade das leis constitucionais e se aumenta a sua força legal”.

Como conclusão da diferença existente entre constituição e normas constitucionais, podemos estabelecer:

- a) A constituição de um Estado é um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, com finalidades supervalorizadas;
- b) qualquer norma que se ache escrita numa constituição rígida é uma norma constitucional;
- c) as normas constitucionais são distribuídas em materiais e formais;

d) a supremacia e a imutabilidade relativa das normas constitucionais contribuem para que se defina a distinção formal entre normas constitucionais e demais do ordenamento jurídico.

## 2. Os Princípios Gerais de Direito Constitucional como Bases Fundamentais para a Aplicação das Normas Constitucionais

Não se pode deixar de lembrar, em qualquer estudo sobre norma jurídica, a sua característica de bilateralidade. Ao mesmo tempo em que impõe deveres a uns, atribui faculdades ou direitos a outros.

O desenvolvimento da norma jurídica é feito dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico que estabelece através dos princípios basilares a conduta de todas as pessoas que estão sujeitas a esse sistema de direito.

A norma constitucional quando passa para o campo de sua aplicação se vincula, por si e por força de ser elemento integrativo da instituição jurídica que sustenta o Estado, aos princípios gerais de Direito Constitucional que lhe dão suporte de superlegalidade e de imutabilidade relativa.

É bem verdade que tais princípios não são fixados rigidamente pela ciência jurídica, uma vez que eles se mobilizam de acordo com as tendências institucionais e ideológicas do Estado.

Em regra, na aplicação das normas constitucionais, haveremos de buscar apoio nos princípios gerais, a saber:

a) O método jurídico não deve ser o único aplicado para se estudar a norma constitucional, pois, sendo o direito constitucional uma matéria tão complexa, envolvendo o Estado e sua constituição, deve ser examinada sob variados pontos de vista, como sejam: o filosófico, o histórico, o político, o social, etc.;

b) o Estado deve ser visto como ente ou instituição jurídica, isto é, uma unidade firme e permanente, com “existência objetiva e concreta, exterior e visível”, possuindo “uma organização ou estrutura que absorve os elementos que dele fazem parte e que é superior e preordenada aos mesmos elementos e às suas relações, de modo que não perde a sua identidade com as mutações de tais elementos” (Santi Romano, ob. cit., pág. 61);

c) a ordenação estatal é objetiva, tendo, conseqüentemente, uma esfera limitada no “sentido de que existem matérias e campos da atividade humana que ela não regula de nenhum modo, porque não concernem direta, nem indiretamente a interesses do Estado, logo não há motivo para ocupar-se deles” (Santi Romano, ob. cit., Cap. VII, § 2.º, n. 1, § 7.º, n. 3, pág. 156);

- d) os poderes do Estado e dos sujeitos auxiliares são jurídicos;
- e) ao Estado cabe a responsabilidade de garantir as liberdades jurídicas: liberdades políticas e liberdades civis;
- f) o direito estatal deve ser informado pelo princípio da territorialidade, protegendo-se os territórios que estão sob os seus domínios; os territórios estrangeiros que funcionam como servidão internacional, ou quando, sem atribuir-lhe algum direito, os Estados alienígenas consentem ou toleram algumas afirmações de seu poder; e os territórios que não pertencem a ninguém (“terrae nullius”), nem de direito, nem de fato, como por exemplo, o mar não territorial;
- g) destaque do valor do princípio da universalidade, segundo o qual, o direito estabelecido pelo Estado só tem valor para ele e para os efeitos que nele se dão;
- h) todo poder é manifestação imediata e direta de uma capacidade jurídica geral ou especial, com força de considerá-lo inalienável, irrenunciável e imprescritível;
- i) a representação política é uma representação de interesses públicos por meio de funções públicas, sendo, portanto, legal e institucional;
- j) o poder de governo é único, elástico, limitado, inexaurível nas suas várias manifestações, podendo operar-se através de disposições gerais e normativas; ordenando ou vedando em casos particulares; permitindo ou concedendo; algumas vezes simplesmente dirigindo (“potesta directiva”); propagando doutrinas; realizando obras; constringindo (“potesta coercendi ou coactiva”), etc. (Santi Romano, ob. cit., pág. 223);
- l) a lei formal tem eficácia própria, por ser ato de efeito superior à de qualquer outro ato, tendo, em regra, disposições para o futuro (“ex nunc”), embora excepcionalmente, possa produzir efeitos jurídicos “ex tunc”, isto é, sobre o passado, mas, respeitando sempre o direito adquirido e só deixando de existir por força de outra lei;
- m) o poder jurisdicional é um poder essencialmente vinculado no seu conteúdo, pelo que, além de aplicar a lei, pode interpretá-la, sendo necessário, para tanto, que seja provocado;
- n) os atos jurisdicionais não dão lugar a responsabilidades nem do Estado, nem dos magistrados.

### 3. Estrutura Normativa das Constituições e Estrutura Lógica das Normas Constitucionais

Examinando, em parte, os princípios gerais que regem a aplicação das normas constitucionais, iremos pousar as nossas reflexões, an-

tes de penetrarmos no estudo específico das metodologias e das regras defendidas para a interpretação das disposições jurídicas constitucionais, nas cinco categorias de elementos que são revelados pela estrutura normativa das constituições, de acordo com a lição de José Afonso da Silva "Normas constitucionais" "in" ob. cit., pág. 43), que transcrevemos:

I — Elementos constitucionais, que se contêm nas normas que regulam a estrutura do Estado como Poder, e, em nossa Constituição, concentram-se, predominantemente, no Título I, exatamente denominado da Organização Nacional;

II — elementos limitativos, que se manifestam nas normas que consubstanciam o elenco dos direitos democráticos e dos direitos fundamentais do homem e respectivas garantias constitucionais, e são denominadas limitativas porque limitam a ação dos poderes estatais e dão a tônica do Estado de direito: acham-se eles inscritos no Título II de nossa Constituição, sob a rubrica 'Da Declaração de Direitos', especialmente no seu Capítulo IV — *Dos Direitos e Garantias Individuais*;

III — elementos sócio-ideológicos, consubstanciados nas normas sócio-ideológicas, normas que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado individualista e o Estado social, intervencionista, como a dos Títulos III e IV da vigente Constituição, sobre a ordem econômica e social;

IV — elementos de estabilização constitucional, consagrados nas normas destinadas a assegurar a solução de conflitos constitucionais e a defesa da Constituição, presumindo de meios e técnicas contra sua alteração ou infringência, a não ser nos termos nela próprios estatuídos, e são encontrados nos artigos 10 a 12; 42, n. VII, 82 e 83; 116 e 119, n. I, 1, e n. III, da atual Constituição;

V — elementos formais de aplicabilidade, são os que se acham consubstanciados nas normas que estabelecem regras de aplicação das constituições, assim o preâmbulo, o dispositivo que contém as cláusulas de promulgação e de vigência e as disposições constitucionais transitórias".

Quanto à estrutura lógica das normas constitucionais, não pretendemos envolvê-la na discussão existente entre a teoria egológica de Cossío e a Teoria Pura do Direito, de Kelsen, sobre a norma jurídica, enquanto este afirma que as normas jurídicas são mandamentos, comandos, dispositivos imperativos (ver *Teoria Pura do Direito*, pág. 111, 4.<sup>a</sup> edição, tradução de João Baptista Machado, Armênio Amado, Editor, Sucessor — Coimbra), aquele entende que elas são juízos disjuntivos, por não conterem mando algum (ver *La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*, Arayu, Buenos Aires, 1954, pág. 61).

Partindo do princípio de que “O direito está na própria essência do exercício do poder, ou porque o legitima ou porque dele emana”, (conforme feliz observação do Prof. Yves Gandra da Silva Martins ao escrever “A legitimidade do poder e uma teoria do alcance”, “in” *Estudos sobre o Amanhã — Ano 2000*, ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1978) e de que a norma constitucional a ele se liga indiscutivelmente, encontramos a sua estrutura lógica firmada na coercitividade possuída, impondo uma ação (ex.: Art. 13. Os Estados organizarem-se e regerem-se pelas constituições e leis que adotarem) ou uma abstenção (ex.: Art. 80. O Presidente e o Vice-presidente não poderão ausentar-se do País sem licença do Congresso Nacional, sob pena de perda do cargo). Acompanhamos, no particular, o pensamento do Prof. José Afonso da Silva (“Normas Constitucionais”, “in” ob. cit. pág. 44), que reconhece, por outro lado, a existência de normas constitucionais permissivas, a exemplificar o art. 163 da CF: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias constitucionais”.

#### 4. A Aplicação das Normas Constitucionais. Métodos e Técnicas de Interpretação

A aplicação das normas constitucionais aos casos concretos exige a adoção de uma metodologia específica e uma técnica de interpretação que valorize a motivação social que marca quase todas as disposições da Carta Magna.

Com efeito, os meios de interpretação constitucional são predominantemente finalísticos. Visam extrair do texto o que, realmente, se compatibilize com a eficácia social da lei constitucional, aproximando-o, também, do caráter essencialmente político que o cerca.

A tarefa do aplicador da norma é exteriorizar o pensamento que o legislador exprimiu ao elaborá-la, garantindo-lhe, assim, a sua objetividade e a “certeza do Direito na compreensão do seu sentido”, levando sempre “em consideração o substrato espiritual dela, o sistema político que a Constituição traduz” (Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, vol. II, pág. 11, Forense).

Uma metodologia própria deve ser empregada para bem aplicar a norma constitucional, a fim de que se destaque o aspecto de dinamismo criador que ela encerra, na busca de procurar atender ao objeto do Direito Constitucional materializado, positivado, na Lei Maior.

Na realidade, a adoção de uma metodologia destacada pode se confundir com a hermenêutica. Entretanto, enquanto esta é aplicação

concreta da norma constitucional, o método seguido contribui para valorizar o objeto principal da Constituição, que é conservar a estabilidade das instituições políticas no quadro da permanente mutação social.

O Direito Constitucional positivado não pode ser tratado com rigor, sob pena de levar à separação entre Constituição jurídica e sociedade, separação esta que, com justiça, é incriminada ao positivismo.

Os métodos próprios defendidos por grande parte da doutrina na análise das regras jurídicas constitucionais são os seguintes:

- a) as normas constitucionais positivas devem ser estudadas objetivamente;
- b) delas devem ser extraídos conceitos básicos, que não podem, por qualquer motivo, se confundir com outros conceitos;
- c) não se deve firmar o entendimento exclusivamente na norma positiva para conceituar e teorizar, em face da influência existente em decorrência do seu entrelaçamento com a História, Sociologia, Política e outras ciências sociais reconhecidamente dinâmicas.

Estabelecida a metodologia, o aplicador da norma constitucional se aprofunda em seu conteúdo espiritual na procura de aperfeiçoamento do texto às imposições da mudança social, para tanto valendo-se dos critérios recomendáveis pela doutrina e jurisprudência para a interpretação do Direito Constitucional regrado.

A nossa conduta no exercício de tal tarefa é profundamente influenciada pela doutrina constitucional que tem como base da hermenêutica o princípio maior de que “a Constituição deve ser interpretada segundo os objetivos gerais nela contidos e os grandes princípios do governo que criou, e não pela aplicação estreita de princípios técnicos”.

Concentrando os critérios aconselhados pelos mestres Afonso Arinos (*Teoria da Constituição — As Constituições do Brasil*, Forense, págs. 18 e segs.); Marcelo Caetano (ob. cit., págs. 12 e segs.); José Afonso da Silva (*Direito Constitucional Positivo*, vol. I, págs. 6 a 17); Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, págs. 328 e segs.), temos os seguintes caminhos que devem ser seguidos para a aplicação e entendimento da norma constitucional:

- a) a norma constitucional deve ter em vista a doutrina e os princípios gerais de direito, mas não se submete necessariamente a eles a sua eficácia;
- b) as suas determinações são compulsórias, salvo letra expressa em contrário;

c) os poderes, por ela concebidos, incluem todos os meios auxiliares de execução;

d) o sentido histórico dos preceitos e a tradição do seu entendimento são elementos importantes, mas não decisivos para a aplicação atual da norma;

e) a norma constitucional deve ter em vista o sentido geral do texto e as exigências razoáveis do interesse geral;

f) a técnica a ser empregada na sua interpretação deve ser predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coaduna com a eficácia social;

g) o exegeta deve ter cuidado com o elemento político que serve sempre de apoio ao Direito Constitucional;

h) a força do costume avulta no Direito Público, merecendo atenção particular;

i) as leis fundamentais são mais rigorosamente obrigatórias do que as ordinárias;

j) no Direito Público, a linguagem técnica é empregada, preferentemente, pelo que, se houver diversidade dos significados do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclina-se para o sentido técnico;

l) todos os métodos de interpretação (filológico, histórico, teológico dos fatos sociais) podem e devem ser empregados;

m) o intérprete deve ter sempre em mente que a Constituição tanto prevê no presente como prepara o futuro, com o objetivo de tornar efetivos e eficientes os grandes princípios do governo;

n) forte é a presunção do valor da norma constitucional, de um ato dela oriundo, ou da interpretação seguida, quando perduram no tempo, quando são antigos, sobretudo se forem contemporâneos da época em que a lei fundamental foi votada. É bem verdade que tal princípio não pode ser encarado com raiz absoluta. Basta um exemplo para justificar o afirmado: Por vários estágios passou, entre nós, até a vitória da doutrina sã e definitiva, a inteligência do dispositivo que assegura as imunidades parlamentares;

o) as presunções militam em favor da validade de um ato administrativo ou executivo. Assim, entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não informa o ato de autoridade. Justifica-se, portanto, a posição jurisprudencial de só ser declarada a inconstitucionalidade das leis quando há evidência;

p) a linguagem da lei deve ser interpretada com reservas tais que se torne constitucional, à medida que ela institui, ou disciplina;

q) a constitucionalidade da norma maior não pode decorrer só dos motivos da lei. Se, por exemplo, o Legislativo agiu por motivos reprováveis, não se aplica a lei;

r) quando a nova Constituição mantém, em alguns dos seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei em tal particular;

s) se a Constituição confere poder geral ou prescreve dever — também, implicitamente, o faz para todos os poderes particulares;

t) as disposições que instituem exceções são interpretadas estritamente;

u) os atos complementares são disposições autênticas de interpretação da norma constitucional.

## 5. Interpretação de algumas Normas Constitucionais

A matéria enfocada no item anterior não se esgota no enunciado feito. A exploração lógica de um texto constitucional permite que qualquer sistema interpretativo seja empregado, desde que dele possam ser extraídos todos os sentidos que contenha, sem qualquer preterição ou desvirtuamento. Com fidelidade acentuou o Prof. Marcelo Caetano, sobre o assunto: “Por isso, tem de ser trabalhado com a técnica da interpretação das leis, sem esquecer que, numa Constituição escrita, figuram em muitos casos meros enunciados de direitos, garantias ou institutos destinados a serem desenvolvidos pelo legislador ordinário ou pelos tribunais, sem falar das normas simplesmente indicativas ou programáticas que devem inspirar todo o sistema jurídico” (*Direito Constitucional*, Forense, vol. II, pág. 12, 1978).

Aplicando particularmente o que, sem pretensão, tentamos estudar, passamos a examinar o § 36 do art. 153 da CF.

5.1. Pela sua importância, nos deteremos na do § 36 do art. 153 da Constituição Federal. A norma, em seu conteúdo gramatical, enuncia que:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
 § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Sabemos todos que os parágrafos 1.º a 35 do artigo 153 da Constituição Federal, discrimina os direitos e garantias individuais de mo-

do explícito. Entretanto, sem esgotar a enumeração, declara no citado parágrafo 36, que outros direitos e garantias não constantes nos parágrafos antecedentes não são excluídos, desde que estejam compatíveis com o regime e os princípios que a Constituição adota.

Deparamo-nos no exame da norma referida, com os chamados poderes implícitos contidos na Constituição. São os que contêm “nas regras tradicionais de que quem quer os fins, quer os meios; quem pode o mais, pode o menos: e de que se a lei confere um direito, legitima o uso dos meios indispensáveis ao seu exercício” (Marcelo Caetano, ob. cit., vol. II, pág. 13).

Quais são, conseqüentemente, os outros direitos e garantias que implicitamente estão contidos no § 36 do art. 153 da Constituição Federal?

A resposta se fixa nas afirmações seguintes:

a) A Constituição atual não dispõe, como o fez a Constituição de 1934, segunda parte do artigo 113, que “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.

Apegou-se, contudo, ao princípio da isonomia (art. 153, § 1.º) que, implicitamente, determina a proibição de qualquer privilégio ou limitação feita pela lei, pelo fato do nascimento, do sexo, da raça, da profissão própria ou dos pais, classe social, riqueza, crença religiosa ou política.

b) A garantia dos socorros públicos em casos de calamidades não se encontra expressamente definida. Entretanto, é um direito individual implícito que a Constituição garante em face de ser obrigação assumida pelo Estado moderno. Este, visando o bem comum, transfere poder aos agentes executores, poder este que tem sua “legitimidade na própria ação de quem o detém, de forma autorizada ou com própria autorização, mas o alcance de seu exercício representa uma incógnita crescente. Tanto mais crescente quanto menos se revela com condões de rasgar o futuro, de desvendar as aspirações universais e de aglutinar a variedade das maneiras de ser da vida, na sociedade atual”, conforme lição do Prof. Ives Gandra da Silva Martins (“A legitimidade do poder e uma teoria do alcance”, obra citada).

A legitimidade do exercício do poder se vincula à obrigação de velar pelos direitos dos indivíduos que compõem a sociedade, atendendo às suas necessidades, mesmo implicitamente contida na norma constitucional. Assim se interpretando, a incógnita crescente visualizada por Ives Gandra desaparece e o poder será exercido em harmonia com o direito garantido ao indivíduo.

Dáí registramos com profundos aplausos, a conclusão que o mestre Yves Gandra da Silva Martins apresentou, ao desenvolver a teoria já comentada:

“Em face do exposto podemos concluir, afirmando que o exercício do poder será tanto mais duradouro quanto mais se fizer a conjunção entre as formas de condução dos governantes e as aspirações populares, na medida em que estas forem orientadas para a vivência de valores e normas maiores, forma perene, encontráveis apenas no Direito Natural” (ob. cit., pág. 56).

c) São, também, direitos implícitos assegurados pelo § 36 do artigo 153 da CF, todos aqueles que se compatibilizem com os princípios constitucionais contidos em nosso sistema jurídico e que, entre outros, são: a) o republicano (art. 1.º, “caput”); b) o da tripartição do poder (art. 6.º); c) o da reserva da função legislativa ao Congresso Nacional (art. 27); d) o da atribuição da função executiva ao Presidente da República (art. 73); e) o da legalidade (art. 153, § 2.º); o democrático (§ 1.º do art. 1.º); f) o da estreita legalidade da tributação (art. 19, I, e 153, § 29); g) o da isonomia (art. 53, § 1.º).

d) No § 36, art. 153, da CF, há o direito implícito de que “as liberdades constitucionais, como regra geral, só devem ser atingidas, desde que haja instauração de processo criminal, mediante ato motivado e sob controle jurisdicional”, inspiração que se constrói, com base na conclusão apresentada por Antônio Acir Breda, ao defender o tema “Liberdades constitucionais e processo penal”, Tese n. 16, publicada pela *VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*.

e) Do mesmo modo, o direito que toda a pessoa tem à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar (ver art. 5.º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos).

f) Implícito, também, se encontra, na norma analisada, o direito que toda pessoa tem ao repouso e ao lazer, inspiração contida no art. 24 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

5.2. Inúmeros outros direitos não implícitos poderiam ser pesquisados, se nos fosse permitido abusar da generosidade dos que compareceram a esta palestra. Entretanto, tal não podemos fazê-lo, por entendermos, também, que se encontra implícito no § 36 do art. 153 da Constituição Federal o direito de ninguém ser mais molestado por estes longos e cansativos arrazoados desconexos, cujo mérito único é o de ter merecido a carinhosa atenção de todos os que honraram este ciclo de estudos com as suas presenças e inteligências, na noite de hoje...

## Notas

### *Interpretação do art. 153, § 35, da Constituição Federal*

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n. 92.775-1, PE, Relatado pelo Exmo. Sr. Ministro Soares Muñoz, interpretou o art. 153, § 35, da CF, concluindo que a garantia individual ali assegurada está condicionada, inequivocamente, à prévia indicação da legitimidade e do interesse de quem a pretenda exercitar.

A ementa da decisão é: “Certidão. Direito à sua expedição. Interpretação do art. 153, § 35, da Constituição da República. A requerente deverá legitimar-se perante a Administração Pública, dizendo qual a ligação do conteúdo do ato certificável com o direito a ser deduzido. Mandado de segurança indeferido. Recurso extraordinário não conhecido”.

No relatório merece destaque: “Se, como acentuou o Exmo. Senhor Ministro Themístocles Cavalcanti, no julgamento do MS 18.556, o requerente não precisa ser parte na relação jurídica para ter legítimo interesse, no caso em que as certidões não lhe digam respeito diretamente, é indispensável a indicação da finalidade” (Pontes de Miranda, *Comentários...*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 657; Castro Nunes, *Rev. de Direito*, v. 116, pág. 274; Gonçalves de Oliveira, *RDA* 15; p. 257-61, etc.).

A fundamentação nuclear do voto está contida na seguinte passagem:

“Ora, como ensina Castro Nunes, ‘o direito à certidão pressupõe um interesse em obtê-la, para a defesa de um direito individual — ou público, acrescentamos — interesse que se declara, que se justifica’” (“apud” “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, por J. J. Carvalho Santos, verbete de Leopoldo Miranda Lima, v. 8, p. 80). E Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1967*, art. 150, § 34, cuja redação foi mantida pela Emenda n. 1, art. 153, § 35, salienta: “A denegação somente se pode admitir por falta de legitimação do requerente para requerer, ou nenhuma ligação do conteúdo do ato certificável com o direito deduzido, ou a deduzir-se, em juízo ou administrativamente, ou sigilo. É escusado advertir-se que o requerimento há de dizer qual o direito que se afirma, para que se saiba qual a matéria que interessa à afirmação e prova dele” (tomo V, págs. 613/614 “in” *Bol. Jurídico*, n. 17, Out./80, Caixa Econômica Federal).

### *Interpretação do art. 107 da Constituição Federal*

“Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

A interpretação a ser discutida é a relativa ao problema surgido com a Ação de Indenização movida contra o ente público e o funcionário causador do dano.

O Colendo STF, apreciando o RE n. 90.071-3, relatado pelo Exmo. Ministro Cunha Peixoto, lançou a seguinte ementa:

“Responsabilidade civil das pessoas de Direito Público — Ação de indenização movida contra o ente público e o funcionário causador do dano. Possibilidade. O fato de a Constituição Federal prever direito regressivo às pessoas jurídicas de direito público contra o funcionário responsável pelo dano não impede que este último seja acionado conjuntamente com aquelas, vez que a hipótese configura típico litisconsórcio facultativo. Voto vencido”.

Do trecho do voto merece destaque:

“2. O Brasil, a partir da Constituição de 1946, art. 194; parágrafo único do art. 105 da Constituição de 1967 e parágrafo único do artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 abandonou, no tocante à responsabilidade das entidades públicas, a teoria privatística da subjetividade da culpa e acolheu a doutrina do direito público. Adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva da administração sob a modalidade do risco administrativo. Entretanto, compostos os prejuízos pela Administração, fica ela com direito de voltar-se contra o servidor culpado, para haver dele o dispendido, por meio de ação regressiva. 3. Dispõe o art. 107 da Constituição: ‘.....’ A Constituição dest’arte, estatui que as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros, permitindo-lhe, porém, voltar-se contra o autor do dano, quando este agiu com culpa ou dolo. Abandonou o princípio da solidariedade, para adotar o da ação regressiva. 4. Há, pois, uma única dívida e duas responsabilidades: a da Administração perante o lesado, baseada na teoria do risco administrativo, e a do autor do dano, com fundamento na teoria da culpa. Quem deve ao lesado, em princípio, é aquela; mas este também é responsável pela dívida, desde que tenha agido com culpa ou dolo. Esta afirmativa, todavia, não leva, ‘data venia’, ao extremismo de Hely Lopes Meirelles, de que a ação só pode ser ajuizada contra a entidade pública responsável, não sendo admissível a inclusão do servidor na demanda (*Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 610), pois, não há dúvida de que existe conexão entre as duas ações: contra a administração, e a desta contra o autor do dano. Daí lecionar Pontes de Miranda, em escólio ao art. 105 da Constituição de 1967: ‘O Estado, réu na ação, pode requerer a citação do funcionário público, ou pessoa que exerce o cargo; porque há conexão de causa. Bem assim fazê-lo citar o autor. Há litisconsórcio facultativo’

(*Comentários à Constituição de 1967*, vol. III, págs. 521/2). 5. Por outro lado, a norma visa a proteção do lesado. Propondo ação apenas contra a Administração, compete-lhe provar apenas a materialidade do fato e o nexo da causalidade, isto é, de que do ato praticado pelo funcionário lhe adveio dano. Nada mais. Se dirigir o pleito contra o funcionário, terá de demonstrar também a culpa ou dolo do autor do dano. E a interpretação do dispositivo constitucional, no sentido de permitir, facultativamente, admissibilidade da ação também contra o funcionário, autor do dano, sobre não acarretar nenhum prejuízo, quer à administração, seja ao funcionário, mais se coaduna com os princípios que disciplinam a matéria". (DJ, 26-9-80, Boletim da Caixa Econômica Federal, pág. 11, n. 17, Outubro/80).

### *Interpretação do art. 99 da Constituição Federal*

O artigo 99 da CF, trata da chamada vedação à acumulação remunerada de cargos e funções públicas, excetuando: a) a de um juiz com um cargo de professor; b) a de dois cargos de professor; c) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; d) a de dois cargos privativos de médico.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 92.701, relatado pelo Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, ementou que:

“Servidor público. Relação de emprego decorrente de acumulação proibida. A acumulação proibida afasta os direitos inerentes à relação de emprego (art. 99 da Constituição Federal). Recurso extraordinário conhecido e provido”.

A questão mereceu da 1.<sup>a</sup> instância — Justiça Trabalhista — a decisão reconhecendo a acumulação proibida, porém, mandando que ao reclamante fosse efetuado o pagamento das parcelas do 13.<sup>o</sup> salário proporcional e férias proporcionais. O TRT, 4.<sup>a</sup> Região, confirmou a decisão de 1.<sup>a</sup> instância. Foi interposto recurso de revista, o qual teve o seguimento negado, sendo que, oposto agravo regimental, não foi este provido. Foram, então, interpostos os embargos, os quais também foram indeferidos. Ao agravo regimental correspondente lhe foi negado provimento. Interposto recurso extraordinário, foi inadmitido. Interposto agravo, foi dado provimento, subindo os autos para apreciação do recurso extraordinário.

O Exmo. Sr. Ministro em seu voto destacou: “Por outro lado, em hipótese análoga à presente, que dizia respeito a reclamação relativa a parcelas de gratificação natalina e férias, e em que se alegava a vedação constitucional da acumulação remunerada, esta Corte, ao julgar o RE 77.078, de que foi relator o Sr. Ministro Djaci Falcão, decidiu, pela unanimidade de seu Plenário, improcedente a reclamação e, acórdão cuja ementa acentua:

‘Servidor público. Acumulação proibida, de modo a afastar direitos inerentes à relação de emprego (art. 97 da Constituição Federal)’” (RTJ, 73/194 e segs.).

No caso, não se nega a acumulação proibida, motivo por que, com base no referido precedente, que apreciou questão análoga sob o império da Constituição de 1967 (art. 97), conheço do recurso extraordinário por violação do artigo 99 (correspondente ao art. 97 da Constituição de 1967), e lhe dou provimento, para julgar improcedente a reclamação (Decisão unânime, em 6-8-80, DJ, 26-9-80, Boletim da Caixa Econômica Federal, n. 17, Outubro/80).