

da Universidade de Fortaleza, o que vem demonstrar uma singular disposição de estudo, de evolução, de maior relevância na atividade docente, eis que verdade indiscutível que a atitude e o interesse do professor se refletem, imediata e incisivamente, sobre o alunado, influenciando decisivamente sua formação.

Especial destaque merecem, também, três autores convidados que, embora sem vínculo direto com o Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, prestaram sua talentosa colaboração, enriquecendo sobremaneira o conteúdo de PENSAR. Tratam-se dos Professores José Afonso da Silva, Roque Antônio Carraza e José Augusto Delgado.

Ressalte-se igualmente a participação do alunado, com seis dos vinte e três artigos publicados. É testemunho da nossa confiança no Corpo Docente, razão mesma da existência não apenas da Revista PENSAR, mas do próprio Curso de Direito.

Feitas estas observações, apresentamos orgulhosamente o Nº 2 da Revista PENSAR, convictos de que será a continuidade de uma fase de intensa produção científica e ânimo renovado para o trabalho. É tarefa grandiosa, sem dúvida, consideradas as circunstâncias da vida nacional, tão cheias de revezes e maus exemplos. De lembrar, porém, que, justamente em face das dificuldades, maior é o valor que se atribui às conquistas.

Fortaleza(Ce), novembro de 1993.

EDITORES:

Prof. Judicael Sudário de Pinho
Prof. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Prof. Alcides Saldanha Lima.

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

José Afonso da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

RESUMO

O presente trabalho trata da aplicabilidade das normas constitucionais da Constituição Brasileira, que é definida como constituição dirigente.

ABSTRACT

This article is about constitutional rules applicability in Brazilian Constitution, which is defined as a directing constitution.

1. COLOCAÇÃO DO TEMA

O tema será tratado em função da Constituição de 1988, que se enquadra no conceito de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata por requerer providências ulteriores para incidir concretamente.

Isso lhe dá as características daquilo que a doutrina chama de *Constituição programática*, pelo que este estudo, embora se preocupe com a questão da eficácia e aplicabilidade das normas em geral, dedicará mais

espaço ao tema, em relação às normas ditas programáticas, onde sua relevância é mais destacada. A Constituição se preocupa com sua eficácia e aplicabilidade, tanto que preordenou alguns instrumentos para a sua realização concreta, como a declaração do § 1º do seu art 5º, segundo o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata; a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º LXXI).

Então, esta exposição terá três partes, uma sobre a teoria da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais; outra sobre a eficácia e aplicabilidade das normas programáticas, e outra sobre os mecanismos constitucionais de aplicabilidade das normas constitucionais.

I - NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICABILIDADE

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS

Nossa tese parte do princípio de que todas as disposições inscritas numa Constituição rígida, como a nossa, são *normas constitucionais*. Não interessa, portanto, para os fins da eficácia a distinção entre normas constitucionais materiais e formais, porque todas elas, dentro de uma Constituição rígida, assumem a característica marcante do conceito de norma constitucional, que consiste na sua *supremacia*, por isso todas elas constituem fundamento de validade do ordenamento jurídico estatal¹.

Recusamos, assim, a doutrina, hoje minoritária e muito criticada "que via na constituição uma simples formulação de directivas políticas e não um verdadeiro complexo de normas jurídicas directamente vinculantes"².

3. A DOUTRINA NORTE-AMERICANA E ITALIANA

A questão da *eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais* foi posta pela jurisprudência e doutrina norte-americanas de maneira muito peculiar, quando elaboraram a distinção das disposições constitucionais em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*,³ divulgada, entre

1 Não obstante isso, o civilista, quando escreve sobre Direito Constitucional, insiste em dar efeitos diversos às normas constitucionais em função de sua natureza material ou formal. É o que se lê no Profº Carlos Alberto Bittar ("A Constituição de 1988 e sua Interpretação", *Revista dos Tribunais*, 635/33, setembro/1988), entendendo que as materiais "têm vigência imediata, independentemente de declaração formal do legislador constituinte", enquanto "as demais - em que se encartam as relações privadas - somente produzem efeito em sua plenitude com a adaptação da legislação correspondente", assim, "as normas sobre Direito de Família somente terão eficácia plena quando ajustado o Código próprio". Não existe relações privadas reguladas pela Constituição. Se ela regulou, nos limites por ela postos, a matéria passa a ser de Direito Constitucional. Nela não há direito civil nem comercial, mas normas constitucionais sobre matéria civil ou comercial, pondo princípios regedores da sociedade civil.

2 C.F. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 176.

3 C.f. Thomas M. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations*, 6ª ed., Boston, Brownm

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 *não bastantes em si*. As do primeiro grupo são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto as do segundo grupo são as de aplicabilidade dependente de leis.

Essa é uma doutrina hoje superada. A regra fundamental sobre o assunto atualmente é a de que toda norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*, consoante já escrevemos, anotando, então, que o problema se situa, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos possíveis de cada norma.⁴ O princípio é o de 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,⁵ mas, também, como nota Crisafulli, nenhuma é, em si, completa.⁶

Por outro lado, a doutrina norte-americana não destaca a importância das normas programáticas que revelam o novo caráter das constituições contemporâneas.

Tendo em vista a insuficiência daquela doutrina é que os autores italianos começaram a reelaborá-la, a partir de problemas concretos de aplicação de normas da Constituição de 1948, com muitas divergências, discordâncias, exageros e até algumas extravagâncias, até chegarem a uma classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e à 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, dependentes de legislação futura.

4. NOSSA CLASSIFICAÇÃO

Por entender ainda insatisfatória a doutrina italiana é que nos propusemos a dar um passo adiante na caracterização da eficácia jurídica

and Company, 1890, pp. 98 a 101; Ruy Barbosa, *Comentários à Constituição Federal do Brasileira*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1933, pp. 475 e ss. C.f. para pormenores nosso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1982, p. 63.

4 Nossa ob. cit. supra, p. 66.

5 Severio De Simone, *Lineamenti per una Teoria su Materia e Norma Costituzionale nell' Ordinamento Giuridico Italiano*, Milão, Giuffrè, 1953, p. 41.

6 Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, Milão, Giuffrè, 1952, p. 106.

das normas constitucionais, que constitui a base de sua aplicabilidade, e o fizemos partindo daquela premissa já enunciada, segundo a qual *não há norma constitucional alguma destituída de eficácia*. "Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem, e na ordenação da nova ordem instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida"⁷.

"Se todas têm eficácia - dissemos então - 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*"⁸.

Pareceu-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que prevêm uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Esse reconhecimento nos levou a classificá-las, quanto à eficácia e aplicabilidade, em três grupos:

- I. *normas de eficácia plena* e aplicabilidade direta, imediata e integral;
- II. *normas de eficácia contida (ou contível)* e aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral;
- III. *normas de eficácia limitada*:
 - a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos;
 - b) declaratórias de princípios programáticos⁹.

Normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, compor-

7 Nossa ob. cit., pp. 71 a 75.

8 Idem, ibidem, p. 72.

9 Pinto Ferreira, "Eficácia (Direito Constitucional)", *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 30/62, seguido por Maria Helena Diniz, *Norma Constitucional e seus Efeitos*, p. 97, introduzem a categoria das *normas com eficácia absoluta*, aquelas intangíveis, contra as quais nem mesmo há o poder de emendar, contendo uma força paralitante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrária-las. Com a devida vênia, sob esse ponto de vista não há distinção em relação às outras. Toda norma constitucional paralisa a legislação que vier contrária-la, se os mecanismos de verificação de constitucionalidade funcionarem. Quanto à eficácia e aplicabilidade, também não há distinção entre essas ditas normas de eficácia absoluta e as de eficácia plena.

tamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. São de aplicabilidade imediata e direta, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, não requerendo normatividade alguma ulterior para sua aplicação.

Normas constitucionais de eficácia contível têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias. *São, portanto, aquelas em que o constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva da competência discricionário do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados*, como os de bons costumes, de ordem pública, etc. São de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia independe da interferência do legislador, nem sua aplicabilidade fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contível) que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do Poder Público, para manter a ordem, a segurança pública, os bons costumes, etc.).

Normas constitucionais de eficácia limitada são todas as que dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial, etc.) que lhe compete a eficácia e disponha sobre sua aplicação. São de dois tipos, como vimos acima: a) as de *princípio institutivo* ou *organizativo*; b) as de *princípio programático*. As primeiras são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei ordinária ou complementar. São reconhecíveis, especialmente pela menção a uma lei integradora, com dicções como "*a lei complementar estabelecerá . . .*", "*a lei disciplinará . . .*", "*a lei regulará . . .*", "*a lei fixará . . .*", "*a lei especificará . . .*", "*na forma da lei . . .*", "*nos termos da lei . . .*", "*conforme ou como dispuser a lei . . .*", *do modo que dispuser a lei . . .*", ou expressões semelhantes. As *normas constitucionais programáticas* são aquelas, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos estatais (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

II - EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

5. LOCALIZAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROGRAMÁTICAS

A relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das

normas constitucionais se manifesta mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas. Três razões, pelo menos, destacam essa relevância. Uma é que ainda se ouve em relação à Constituição de 1988 que ela está repleta de normas de intenção, como se jurídicas e imperativas não fossem. Outra é que tais normas traduzem os elementos sócio-ideológicos da Constituição, onde se acham os direitos sociais, tomada aqui a expressão *direitos sociais* num sentido abrangente também dos *econômicos e culturais*. Uma terceira razão, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa em definir o sentido geral da ordem jurídica.

Elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Em livro anterior, firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, o seu *caráter imperativo* e seu caráter vinculativo. Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do país¹⁰.

Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas. Contudo, talvez ela ainda se ressinta de certa dubiedade no que tange à aplicabilidade dessas disposições. Pois, a afirmação, mesmo peremptória, do caráter jurídico e positivo dessas normas, não basta para que surtam os efeitos que seu conteúdo geralmente requer. Restou, na nossa afirmativa de sua eficácia limitada e de sua aplicabilidade dependente de emissão de uma normatividade futura, a idéia de que *não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade*, concepção que as entende "como linhas programáticas dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades"¹¹. Essa é a linha que as constituições e a doutrina (alemã, especialmente, com reflexo em Portugal) vêm tentando superar, e esta exposição nos dá a oportunidade de expender algumas reflexões, que esclarecem outros aspectos dessa nova visão que se vai tendo das chamadas normas constitucionais programáticas.

6. NORMAS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS SOCIAIS

Nos nossos estudos sobre as normas programáticas sempre as entendemos vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais. É que há

10 Cf. nosso *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 37 e 135 a 146.

11 Cf. J. J. Gomes Canotilho, *ob. cit.*, p. 177.

muito está superada a chamada "regulamentação da liberdade" que pretendia que cada direito individual fosse organizado, isto é, que as condições e os limites de sua aplicabilidade fossem determinados por uma lei orgânica. Pois, as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta. Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, no "curso do séc. XIX - como denota Biscaretti di Ruffia -, a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas *jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita *subjetivação*), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua *positivação*)¹².

Esse fenômeno de *subjetivação* e de *positivação* começa a concretizar-se também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, como *elementos sócio-ideológicos* que revelam o caráter de compromisso das Constituições contemporâneas entre o Estado liberal individualista, o Estado social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito. A propósito observamos de outra feita:

"Esse embate entre o liberalismo 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 forma o chamado conteúdo social das constituições. Mas é justo reconhecer que, nessa luta, as reivindicações sociais mal conseguem introduzir-se nas cartas constitucionais. Poucas têm conseguido firmar-se como normas plenamente eficazes. Muitas são traduzidas nos textos supremos em princípios, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípios programático*"¹³.

O problema que se coloca agudamente, na doutrina recente, consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda

12 Cf. *Diritto Costituzionale*, 7ª ed., Nápoles, Jovene, 1965, pp. 695 e 696.

13 Nossa *ob. cit.*, p. 128.

concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se de responder à seguinte questão, posta por Canotilho: "em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da Sociedade. Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de *fins econômico-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?"¹⁴

7. NORMAS PROGRAMÁTICAS E FINS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

As normas programáticas são de grande importância, como dissemos, porque procuram *dizer para onde e como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,¹⁵ tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social. Esta é o fim que os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social. Não é fácil realizar a justiça social num sistema em que predomina a concentração da riqueza. É que ela só se concretizará mediante equitativa distribuição da riqueza nacional, pois um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política.¹⁶ Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. Assim, no sistema anterior, a promessa constitucional de realização da justiça social não se efetivara na prática. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Preordena alguns princípios da ordem econômica - a *defesa do consumidor*, a *defesa do meio ambiente*, a *redução das desigualdades regionais e pessoais* e a *busca do pleno emprego* - que possibilitam a compreensão de que o

14 Cf. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra Editora, 1982, p. 166.

15 Cf. Ugo Natoli, Limiti Costituzionale dell'Autonomia Privata nel Rapporto di Lavoro, Milão, Giuffrè, 1955, p. 29.

16 Cf. Pierre Duclos, L'Evolution des Rapports Politiques depuis 1750, Paris, PUF, p. 149.

capitalismo concebido há de humanizar-se (se é que isso seja possível). Traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contém essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.¹⁷

Não é que seja destituída de valor jurídico e de eficácia a determinante constitucional de que as ordens econômica e social objetivem realizar a justiça social. Esta é uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela. E mais releva essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece que a *justiça social* se erige em fator de legitimação constitucional.¹⁸ A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem.

8. DISPOSIÇÕES PROGRAMÁTICAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Não se confundem *disposições programáticas* e *princípios constitucionais*. Não necessitamos entrar aqui nas graves perquirições sobre os princípios. Bastam algumas considerações para situar o nosso problema, a começar pela distinção entre *normas* e *princípios*.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, "são - como observam Canotilho e Vital Moreira - "núcleos de condensações" nos quais confluem valores e bens constitucionais"¹⁹.

O tema mereceu considerações esclarecedoras de Canotilho. Refere-se ele a dois tipos de princípios: a) *os princípios jurídicos fundamentais*, e b) *os princípios políticos constitucionalmente conformadores*.²⁰ Recusa a idéia de que os *princípios jurídicos fundamentais* se reduzam a simples *princípios gerais de direito ou regras jurídicas gerais* ou se inscrevam numa ordem jurídica suprapositiva (iusnaturalismo). Entende-se como direito positivo e fonte de direito. Mas, quando fala em princípios jurídicos

17 Cf. nosso Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, RT, 1991, p. 661.

18 Cf. nosso Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, RT, 1991, p. 661.

19 Cf. Constituição da República Portuguesa Anotada, 2ª ed., v. 1º Coimbra Editora, 1984, pp. 41 e 42.

20 Cf. Direito Constitucional, pp. 189 e 190.

fundamentais como fonte de direito constitucional, refere-se "a princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo"²¹.

Por outro lado, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, nos quais se condensam as opções políticas fundamentais e se reflete a ideologia inspiradora da constituição²². Entre elas, ele inclui as disposições caracterizadoras da organização econômica e social. Finaliza, observando que, tal "como acontece em relação aos princípios jurídicos fundamentais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são normas gerais que a própria constituição ou o legislador desdobram em normas mais precisas e individualizadoras. No entanto, como eles exprimem as concepções políticas fundamentais do poder constituinte, todos os órgãos do poder devem considerá-los como princípios rectores e operantes quer no momento da criação do direito quer no momento de sua aplicação"²³.

É de extrema importância ter em mente essas considerações, a fim de distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionais conformadores das ordens econômica e social. Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais, e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem direito imediatamente vigente, e são diretamente aplicáveis²⁴. Assim, a determinação constitucional, segundo a qual as ordens econômica e social tem por fim realizar a justiça social, constitui uma norma-fim, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só a eles como também a toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição. Os demais princípios informadores da ordem econômica - propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego - são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e não que harmonizar-se em vista do princípio-fim que a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna. Nesse sentido, não de reputar-se plenamente eficazes e diretamente

21 Idem, ibidem, p. 191.

22 Idem, ibidem, pp. 192 e 193.

23 Idem, ibidem, p. 193.

24 Cf. mais uma vez Canotilho, Constituição Dirigente, p. 194.

aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social.

Informadas por esses princípios, existem as normas definidoras de direitos econômicos e social específicos. Delas umas mencionam uma legislação futura, outras não indicam. As primeiras dependem da atividade do legislador, e estão vinculadas ao princípio da legalidade; as outras ora são referidas aos poderes públicos ou aos agentes da ordem econômica e social em geral. Sua eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado e de sua conexão com outras normas. Mais adiante examinaremos a repercussão que tem § 1º do art. 5º da Constituição sobre a aplicabilidade dos direitos sociais considerados direitos fundamentais. Por ora, basta dizer que quase todas aquelas normas pressupõem ou até exigem a emanção de outros atos, sobretudo legislativos, consoante nota Canotilho, que também lembra que daí não se pode concluir pela não preceptividade de tais normas²⁵. "A sua disciplina - acrescenta - é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros convites para legislar, assumem o carácter de verdadeiras imposições constitucionais de actividade legiferante". Significa isso repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como simples direitos legais, tese que assenta fundamentadamente na concepção de que tais directivas "não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável", pois só "quando o legislador concretiza essas directivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos", logo, "os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária"²⁶, não no âmbito da própria norma constitucional programática.

A lição do citado autor é rica de consequências no aspecto considerado, quando, refutando a tese, sustenta que a "força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em "simples direitos legais", pois que são direitos originários a prestações fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei; "os direitos subjectivos a prestações - prossegue - mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente, diz ele) contra as omissões inconstitucionais do legislador. A força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, s liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no

25 Cf. Direito Constitucional, p. 178.

26 Cf. Constituição Dirigente, pp. 370 e 371.

sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador"²⁷.

Por isso, o autor pôde dizer com tranquilidade que a "força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)".²⁸

Só temos que observar que, ao contrário do que afirma Canotilho, nossa Constituição fundamenta até mesmo a invocação judicial contra as omissões inconstitucionais do legislador, pelo texto do § 1º do art. 5º e pelo mandado de injunção.

9. NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS

Certa corrente concebe os direitos sociais, não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até "se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades"²⁹.

A Constituição seguiu essa doutrina, incluindo-os entre os direitos fundamentais no seu Título II. Não lhes tira essa natureza o fato de sua realização poder depender de providências positivas do Poder Público. Por isso, caracterizam-se como prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição (*imposições constitucionais*). É certo que, para tanto, a efetivação de muitos desses direitos depende do estabelecimento de instituições. É Canotilho que mais uma vez nos fornece a lição correta, mediante exemplo expressivo: "Quando se afirma que o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização . . . estamos a salientar a dimensão institucional de um

27 Idem, ibidem, pp. 370 e 371.

28 Idem, ibidem, p. 365.

29 Cf. Pérez Luño. "Delimitación conceptual de los derechos humanos", no volume de que é editor: *Derechos Humanos*, Sevilha, Universidade, 1979, p. 217. Nosso *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 165.

direito"³⁰. A partir daí, o autor chega mesmo a afirmar que esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado"³¹.

Em obra posterior, Canotilho exprime-se ainda com maior precisão, fazendo distinções que conduzem a um entendimento mais adequado das normas constitucionais com dimensão programática. Eis o seu texto:

"O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos"³².

10. VINCULATIVIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Afirma-se, hoje, em geral na doutrina, o carácter vinculativo das normas programáticas. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida, como *imposição constitucional* aos órgãos públicos. São, por isso, também aplicáveis nos limites dessa eficácia, consoante resumiremos em seguida.

Ressalte-se, por primeiro, sua função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, que projetam a sua relevância para além dos limites da matéria específica, para as quais foram dadas, relevância que não pode ser excluída ou suspensa pela falta de regulamentação prevista, porque deriva do fato mesmo de serem normas constitucionais. Revelam também as características do regime político, e tendem a instaurar uma democracia de conteúdo social, ao determinarem a realização de fins sociais, através de programas de intervenção na ordem econômica com vista a realizar a justiça social.

30 *Direito Constitucional*, p. 183.

31 Idem, ibidem, p. 184.

32 *Constituição Dirigente*, p. 368.

A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm *elas uma eficácia interpretativa* que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, visto como, sendo indicativas dos fins do Estado, revelam os "critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição"³³. Com isso, pode-se afirmar que as normas programáticas vinculam a atividade jurisdicional, desde que *o juiz, na aplicação da lei, há de atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, segundo determinação* do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Outro efeito notável das normas programáticas consiste em prescrever à legislação ordinária ou complementar uma via a seguir; se não conseguem constringer diretamente o legislador a seguir; via indicada, compelem-no, quando nada, a não seguir outra diversa, pois será inconstitucional a lei que dispuser de modo contrário a quanto a constituição comanda³⁴. Aí se descortina a eficácia e aplicabilidade direta das disposições programáticas em relação à legislação futura, condicionando a atividade do legislador ordinário, mas também a administração e a jurisdição, cujos atos não de respeitar os princípios nelas consagrados.

As normas programáticas, assim, vinculam o poder legislativo, quer porque lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer porque estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto³⁵.

Por conseguinte, todas as normas que reconhecem os direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que o "poder legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao poder judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislador, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos"³⁶.

33 Cf. Recasén Siches. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 227.

34 Cf. Baladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, Milão, Giuffrè, 1955, p. 322.

35 Cf. Crisafulli, *ob. cit.*, pp. 62 e 63.

36 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 184.

Em conclusão, não existe mais norma programática no sentido tradicional. Quando se fala agora em norma programática deve se entender apenas normas que apresentam realização futuras, norma que contém um programa a realizar normal dirigente.

III - INSTRUMENTOS DA EFICÁCIA CONSTITUCIONAL

11. Art. 5º, § 1º, da Constituição

O Título II da Constituição contém *a declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui *que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nela garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

12. MANDADO DE INJUNÇÃO

Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim, é o enunciado de sua previsão constitucional: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Sua função seria fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa prevista em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação. Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir,

para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão.

13. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto no art. 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando a declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas consequências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, *declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*. A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsionar o legislativo a tender o julgado.

14. INICIATIVA POPULAR

O exercício da *inicativa popular* também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de norma constitucionais. Ela é prevista no art. 61, § 2º nos termos seguintes: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". A omissão do poder legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO RECURSO ESPECIAL

Roque Antonio Carrazza

Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC.

RESUMO

O trabalho versa sobre os recursos extraordinário e especial: sua admissibilidade, a interpretação razoável e a possibilidade de interposição simultânea de recursos.

ABSTRACT

The essay is about special and extraordinary appeal: its admissibility, the reasonable interpretation and the possibility of simultaneous interposition.

1. LINEAMENTOS BÁSICOS

O recurso extraordinário e o recurso especial, embora não se confundam, possuem um *núcleo central comum*, que permite sejam estudados em conjunto.

Antes, porém, de começarmos a análise desse *núcleo central comum*, é o caso de dizermos que o recurso extraordinário vem previsto no art. 102, III, da C.F., que estatui:

* Baseado em notas de palestra proferida no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 27/02/92.