

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos

Eloy Pereira Lemos Junior

Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-084-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISE.

Na coordenação das apresentações do GT "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Ricardo Silveira Castro traz em "(Re)Pensando a centralização da Federação no Brasil pós-1988: o impacto da judicialização dos conflitos federativos" um estudo que investiga a possibilidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro representar uma instância de veto nos conflitos federativos em favor das entidades subnacionais.

No artigo intitulado "A Mutação da Jurisdição Constitucional: o papel emergente do Supremo Tribunal Federal em meio à pandemia da Covid-19" as autoras Tatiane de Fátima da Silva Pessôa e Daniela Richter analisam o papel da jurisdição constitucional na sua função precípua de proteger os princípios, direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal frente às inovações legislativas e as demais atuações dos poderes estatais.

Em seguida, no artigo "Debates sobre o Pacto Federativo Brasileiro" ao autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre a forma de Estado adotada pelo Brasil. Na sequência os autores Alexandre Walmott Borges, Luiz César Machado de Macedo, Sérgio Augusto Lima Marinho trazem o artigo "O Constitucionalismo Liberal Brasileiro e o tratamento do trabalho no campo: bases constitucionais e concretização infraconstitucional" que propõe-se à análise qualitativa da evolução das normas reguladoras do trabalho no campo.

No estudo proposto por Bruno Carvalho Marques Dos Santos, Bernardo Silva de Seixas, Anne Harlle Lima da Silva Moraes no artigo "Um breve panorama sobre as normas constitucionais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro", tem-se o debate sobre a

única norma jurídica dotada de presunção absoluta de constitucionalidade, sendo por isso a única que não se submete ao controle de constitucionalidade.

Em “Afinal, quem deve ser o Guardião da Constituição?” o autor Valterlei Aparecido da Costa investiga as formas de garantia da Constituição e no artigo seguinte os autores Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro questionam “Por que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial superforte? A análise do controle de constitucionalidade e o protagonismo do poder judiciário”.

No artigo “A influência das Encíclicas Papais “Rerum Novarum” e “Centesimus Annus” no modelo do atual Estado Constitucional Brasileiro” foi o tema discorrido pelos autores Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior.

O autor Victor Fernando Alves Carvalho apresenta o artigo “Constitucionalismo Dirigente e Estratégias de Reconhecimento: a judicialização da política na luta por estima social” que traz a reflexão de que a judicialização da política e a disputa pela interpretação constitucional se tornaram estratégias centrais de grupos minoritários na luta por reconhecimento e estima social. Em seguida o Constitucionalismo Moderno que surge a partir do século XVIII como movimento político, social e cultural após período de ruptura com o modelo tradicional de poder político é tratado no artigo de Alessandra Malheiros Fava da Silva “Constitucionalismo Moderno: Simbologia das Revoluções Liberais-Burguesas”.

Em “Crises Constitucionais e a sua superação” os autores Regis Canale dos Santos e Walkiria Martinez Heinrich Ferrer estudam a possibilidade jurídica da mutação constitucional e a teoria da dupla revisão como forma da superação da crise. Já no texto “O Debate entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin: Como os Juízes decidem os casos difíceis?”, Márcio Alves Figueira vem demonstrar o interpretativismo como corrente filosófica adequada para a resolução dos casos difíceis.

Érica Lene da Silva Santos traz o artigo “O mito da cordialidade brasileira e a cultura da (im)parcialidade no Brasil: contrapontos e colóquios” com o objetivo pontuar sobre o “homem cordial”, da obra Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda, e a influência desta característica na construção da sociedade brasileira, especialmente quando se relacionada a (im)parcialidade do Poder Judiciário.

O autor Valterlei Aparecido da Costa apresenta do artigo “Emenda à Constituição: um estudo sintático-normativo” e o autor Diogo Lopes Cavalcante discorre sobre os “Fundamentos para a Declaração Parcial de Inconstitucionalidade sem redução do texto”.

Em seguida temos dois artigos de tratam do Poder Constituinte. “O Poder Constituinte Derivado como função atípica do Poder Judiciário” de Marcelo Agamenon Goes de Souza, Valter Foletto Santin e Everson Aparecido Contelli e “O Poder Constituinte e a reinterpretção dos limites de gastos com pessoal” de Saulo Marques Mesquita.

No artigo “O Processo de criação de Municípios e os possíveis impactos nas Políticas Públicas decorrentes da extinção desses entes municipais” os autores Maria Aparecida Alves, Dalvaney Aparecida de Araújo e Rogério Batista de Araújo Netto cuidam da PEC 188/2019 que traz propostas como a de extinguir Municípios de até cinco mil habitantes que não tenham uma arrecadação dos impostos municipais maior que 10% sobre o total da receita.

Por fim, a “Separação de Poderes e Jurisdição Constitucional: uma breve análise da sustação da Posse de Alexandre Ramagem e do Ex-Presidente Lula pelo Supremo Tribunal Federal” é tema do artigo de Denis William Rodrigues Ribeiro e “A Inclusão Social da Pessoa com Deficiência por meio de um novo modelo de Administração Pública” é tratada por Lucas Emanuel Ricci Dantas e Ricardo Pinha Alonso.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug

Universidade Nove de Julho

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**UM BREVE PANORAMA SOBRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE
SUSTENTAM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**A BRIEF OVERVIEW OF THE CONSTITUTIONAL STANDARDS THAT SUSTAIN
THE BRAZILIAN LEGAL ORDER**

Bruno Carvalho Marques Dos Santos ¹

Bernardo Silva de Seixas ²

Anne Harlle Lima Da Silva Moraes

Resumo

O Estado jurídico brasileiro ressurgiu em 1988, com a promulgação da Carta Política. A cada Constituinte, há o rompimento completo com o Estado jurídico preexistente, pois o processo legislativo que realiza esta Assembleia é o chamado processo legislativo de primeiro grau, que produz a norma constitucional originária. Esta norma originária é diferente, em vários aspectos, de todas as normas jurídicas que serão criadas neste Estado. É a única norma jurídica dotada de presunção absoluta de constitucionalidade, sendo por isso a única que não se submete ao controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Constituinte, Estado, Direito público, Norma primária

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian legal state reappeared in 1988, with the promulgation of the Political Charter. At each Constituent Assembly, there is a complete break with the pre-existing legal State, since the legislative process that this Assembly conducts is called the first degree legislative process, which produces the original constitutional rule. This original rule is different, in several aspects, from all the legal rules that will be created in this State. It is the only legal norm endowed with an absolute presumption of constitutionality, and for this reason it is the only one that does not undergo constitutionality control.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constituent, State, Public law, Primary norm

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ, 2016).

² Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru.

INTRODUÇÃO

A *prima facie*, cabe mencionar que existe um elemento no conceito de Estado sem o qual este não existe: a soberania. Houve época em que este conceito era personificado: uma pessoa representava o ideal soberano do Estado, ou seja, o rei encarnava o ideal de Estado. Nas palavras de Luiz XIV¹, “L’État c’est moi”, sendo o rei a figura do Estado. Com o constitucionalismo, porém, alguns princípios novos entraram em campo, e o principal, nesta seara, é o da despersonificação da soberania: não se pode, em um Estado constitucional, pensar em uma encarnação da soberania. O Estado jurídico não é uma pessoa, e sim uma entidade abstrata, representada por um documento, escrito, mais ou menos rígido, conforme o regime, denominado Constituição.

Assim, em redundância necessária, a Constituição² é aquilo que constitui o Estado. É ela quem cria o Estado, pois não há Estado sem constituição, sem soberania. Sendo o texto constitucional o único referencial concreto para se identificar a soberania, no momento em que uma Assembleia Constituinte é convocada, ela é responsável por recriar o Estado jurídico, e traçar um conjunto de normas constitucionais originárias, que revogam as normas constitucionais preexistentes.

A nova fisionomia do Estado comporta alguns dos sistemas anteriores, rejeita uns outros, e introduz mais alguns a fim de que novas necessidades sejam satisfeitas.

Este poder originário tem uma capacidade criativa incomparável. Este processo legislativo de primeiro grau não encontra limites em nenhum outro tipo de poder. E deste poder serão decorrentes todos os demais, que lhe são sucedâneos e lhe devem obediência. Este poder criador é o poder constituinte originário.

A titularidade deste poder pertence ao povo. É claro que há variantes: numa Constituição outorgada, imposta ao povo, este ainda é o titular de direito, mas não será o titular de fato do poder originário, pois não tem qualquer participação nos trabalhos da respectiva Assembléia Constituinte, sequer indireta, pelo voto. Ao contrário, quando a Constituição é

¹ Nota: A frase acima é atribuída a Luís XIV (14 de maio de 1643 a 1º de setembro de 1715), historicamente reconhecido como o símbolo máximo do absolutismo, era chamado também de o rei-sol, numa frase o significado de toda uma época e um modelo de estado: “L’État c’est moi”, traduzindo: “o Estado sou eu”. Foi pronunciada em 13 de abril de 1655, diante dos parlamentares parisienses.

(BÉLY, Lucien, *Louis XIV : le plus grand roi du monde*, Éditions Jean-Paul Gisserot, coll. « Les Classiques Gisserot de l’histoire », 2005, 279 p.)

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm» Acesso em: 16 fev. 2020

classificada como promulgada, o povo é tanto titular de direito como de fato. No Brasil, já houve ambas as experiências, no seu histórico constitucional.

Neste diapasão, reitere-se, o Estado despersonaliza-se na medida em que a Constituição passa a representar os parâmetros de sua soberania, soberania despersonalizada.

A norma constitucional inaugura um sistema, junto com a inauguração do Estado jurídico. Como tal, não encontra limites, nem mesmo no direito adquirido, coisa julgada ou ato jurídico perfeito. Todo o sistema, todos os poderes pretéritos, se desvanecem, e surge um novo poder: o poder constituído, ou poder constituinte derivado.

Este poder constituído é criado espelhando o constituinte: é a criatura à imagem do criador. É seu mister satisfazer duas tarefas: regulamentar as normas constitucionais e reformar o próprio texto constitucional.

O poder constituído está submetido às regras traçadas pelo poder constituinte. É por elas limitado. A primeira tarefa, de revelar a vontade imanente ao poder constituinte, é muito mais árdua em constituições prolixas, analíticas, como a CRFB de 1988: quanto mais normas o constituinte originário faz constar em seu texto, mais trabalho terá o legislador em tornar explícitas e aplicáveis concretamente as vontades constitucionais.

A expectativa do poder criador é que o legislador, criatura, possa trazer aos cidadãos a expressão concreta das suas vontades, em tempo relativamente curto: espera que todos os direitos brutos e incertos inseridos na Carta Magna sejam tornados líquidos e certos pelo poder constituído. Para isso, a produção de normas infraconstitucionais deve atender a todos os paradigmas da Constituição, qualquer que seja sua espécie. Descortinando a vontade do texto constitucional, o legislador deve permitir que todos tenham a certeza e a clareza de seus direitos.

1 PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Cabe mencionar que há duas formas de se descumprir a Constituição: por ação ou por omissão. O legislador pode produzir uma norma que seja contrária à vontade do constituinte, agindo contra o poder criador; ou pode quedar-se inerte, quando o criador exigia que agisse. A omissão normativa é a indiferença para com a vontade do criador.

A inércia legislativa tem um efeito nefasto: simplesmente torna natimortos dispositivos constitucionais que precisam da explicitação pelo poder constituído. Sem que se

possa saber a exata medida de um direito, por vezes, fica impossível invocá-lo, e este direito jamais vem a existir de fato.

Aqui cabe discorrer sobre os tipos legislativos capazes de regulamentar a vontade do constituinte, em especial sobre a diferença da lei complementar para a lei ordinária. A lei complementar é taxativamente prevista, ou seja, os assuntos que a demandam são taxativamente previstos na CRFB. Os demais, todos eles, poderão ser objeto de lei ordinária. Veja que não há distinção hierárquica: todas são normas infraconstitucionais, dedicadas a revelar a vontade do constituinte. A diferença de quorum, as exigências para a produção de cada espécie, existem apenas para provocar maior ou menor atenção dos legisladores.

Ocorre que, neste caso do inciso XXI do artigo 7º, da CRFB, bastaria uma lei ordinária para tornar explícita a vontade do constituinte – norma que ainda não foi produzida, por inércia legislativa, omissão normativa, que contribui para o descrédito das instituições brasileiras, que pode ser imputado a todos os entes políticos da federação – e não só o Legislativo.

Dito isto, passemos à análise das classificações das normas constitucionais, que guardam, como regra, relação com sua efetividade, que pode ser direta ou legada ao legislador, como se viu.

1.1. Normas Auto-Applicáveis e Não Auto-Applicáveis

Em primeiro plano, pode-se trazer a classificação norte-americana em normas auto-aplicáveis, ou auto-executáveis, e normas não auto-aplicáveis, não auto-executáveis. Ressalte-se, de imediato, que esta classificação não é bastante ao sistema brasileiro, não atende à complexidade daqui. Para a Constituição estadunidense, bastante sintética, é suficiente, mas para nossa Carta, analítica como é, não basta.

No Brasil, é histórica a omissão legislativa. Nenhuma das Constituições, de todas as épocas, teve-se inteiramente regulamentada antes de ser negativada por uma nova Constituição.

A não produção legislativa tentou ser combatida pelo constituinte, quando da redação de remédios constitucionais. Por isso, instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ocorre que este remédio não é funcional: uma ação destas, se julgada procedente, apenas faz com que o STF sinalize ao Congresso para que produza a lei, mas sem qualquer força coercitiva, em razão da independência e harmonia dos poderes federativos.

De forma mais direta, a fim de que os direitos e garantias fundamentais tivessem a sua eficácia mais imediata, o constituinte previu também o mandado de injunção. Este, também, não funciona, como se verá adiante.

A norma constitucional, quando atinge sua plena eficácia, assume outra categoria, ou seja, migra da condição de não auto-executável para auto-aplicável. Como dito, esta classificação não é bastante. Por isso, vejamos mais alguns sistemas de classificação.

Para alguns autores, como José Afonso da Silva (2009) e Maria Helena Diniz (2009), há dois níveis de aplicabilidade das normas constitucionais, em cada vertente (auto-aplicáveis ou não auto-aplicáveis): de um lado, as normas de eficácia plena (para José Afonso) ou de eficácia absoluta (para Maria Helena); de outro, as normas de eficácia contida, ou eficácia restringível, e as normas de eficácia limitada quanto a princípios institutivos e limitada quanto a princípios programáticos. Assim, dentro das normas auto-aplicáveis, as normas podem ser de eficácia plena ou de eficácia absoluta; dentro das não auto-aplicáveis, são contidas (sinônimo de restringíveis) ou limitadas. Esta é a classificação que merece mais atenção.

2 NORMAS DE EFICÁCIA PLENA

Este tipo de norma é aquele que já está plenamente regulamentado, plenamente aplicável, com todos os traços distintivos e identificadores do direito que contém.

A identificação de uma norma estar ou não neste estado é feita com base em princípios de hermenêutica, de exegese constitucional que suportem a tese da aplicação desta norma constitucional. Veja: a norma constitucional não está sujeita a sua expressão literal, somente; é necessário que o leitor da Constituição tenha em mente uma principiologia mais abrangente, capaz de revelar o conteúdo implícito da norma. Desta forma, quando assim se fizer, uma norma que pode aparentar ineficácia imediata pode se demonstrar, de fato, plenamente eficaz. O maior intérprete, por natureza e ofício, é o STF: a mutação constitucional operada pela leitura jurisprudencial é muito mais freqüente e corriqueira do que a mutação por meio de emendas, por exemplo. A interpretação é bem mais vívida do que os processos formais de alteração da constituição.

Veja que a interpretação literal não pode ser exclusiva, mas não deve ser desprezada: ela é o início da interpretação, trazendo os parâmetros mínimos do assunto em questão.

Existem três caminhos pelos quais a norma constitucional se torne de eficácia plena. O primeiro é o seu surgimento já com plena eficácia: a norma simplesmente já nasce assim. Por exemplo, toda norma constitucional vedativa é, por natureza, de eficácia plena. Veja:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;³

Para que este inciso IV do artigo 5º da CRFB tenha plena eficácia, ou seja, para que se impeça o anonimato, não é necessário que uma lei venha regulamentar esta previsão. Já é eficaz. Da mesma forma, as vedações tributárias do artigo 151:

Art. 151. É vedado à União:

- I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;⁴
- II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;
- III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

O preceito ali traçado é auto-aplicável por natureza, não precisando que o legislador diga qual é o alcance da vedação. Basta a hermenêutica. O constituinte teve, em poder de síntese redacional, a capacidade de fazer constar naquele dispositivo, de início, todos os requisitos necessários à compreensão e aplicação daquele direito. Outro exemplo, desta vez não vedativo, é o artigo 5º, XVI, da CRFB:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião

³ Nota: O art. 5º, IV, da CRFB, determina que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Além dele, a CF/88 prevê no art. 5º, XI, “a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou de licença”. A liberdade de expressão foi incluída no rol dos direitos fundamentais com o intuito de afastar em definitivo as arbitrariedades do regime militar e a censura.

⁴ Nota: Mas, como toda regra tem exceção, conforme a CRFB, estabelece a possibilidade de tributação federal ser diferenciada, como elemento de busca do equilíbrio socioeconômico entre as regiões, assim, pode a União estabelecer tributação diferenciada com o intuito de estimular o desenvolvimento social e econômico.

anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Não há qualquer necessidade de manifestação legislativa infraconstitucional para que este direito de reunir-se seja efetivo. Já no inciso anterior, sobre a liberdade de locomoção, assim previu

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Para esta previsão, o constituinte entendeu que seria necessária a manifestação do legislador, a fim de que o direito seja possível de ser exercido (o que se encontra na expressão “nos termos da lei”, ali contida).

O segundo caminho para que uma norma tenha plena eficácia é o fenômeno da recepção: por metodologia de economia legislativa, aqueles sistemas infraconstitucionais que, prévios à CRFB, forem com ela materialmente compatíveis, serão recepcionados, mantendo-se vigentes. Este sistema, quando se dedica a dar efetividade a alguma previsão constitucional carente de regulamentação, a está tornando efetiva, e por isso é um caminho à plena eficácia da norma constitucional, caminho percorrido antes mesmo de que a norma constitucional a ser regulamentada surgisse.

O terceiro caminho é a atuação esperada da criatura, ou seja, é a primeira das funções do poder constituído, propriamente: há a edição de lei dedicada a regulamentar uma previsão da CRFB que demanda regulamentação. Veja um exemplo:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Esta providência constitucional, qual seja, a defesa do consumidor, não poderia ser exequível se não viesse o poder constituído e, em 1990, editasse o CDC, a Lei Ordinária 8.078, (Brasil-A, 1990). O artigo 5º, XXXII, da CRFB, só pôde atingir a eficácia plena quando da edição deste diploma.

3 NORMAS DE EFICÁCIA CONTIDA

Estas podem ser chamadas de normas de eficácia contível, restringível, ou mesmo de norma submetida à reserva legal qualificada, todas as expressões sendo sinônimas.

Toda norma de eficácia contida tem uma parte auto-aplicável, que já nasce pronta e eficaz. A função do legislador é conter esta parte auto-executável, criando uma exceção a esta aplicabilidade. Veja um exemplo:

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

Imagine-se que o texto deste inciso do artigo 5º da CRFB terminasse após a palavra criminal: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal”. Esta norma, nesta redação hipotética, teria eficácia plena, sendo espécie vedativa. Contudo, o constituinte entendeu melhor excepcioná-la, melhor dizendo, possibilitar a criação de exceções pelo poder constituído. A regra geral é auto-aplicável desde sempre: o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal. Se não houver a criação de nenhuma exceção a esta norma, pelo legislador, ninguém poderá ser criminalmente identificado, se conta com documento hábil a sua identificação civil.

Todavia, o legislador pode, é autorizado, a criar exceções a este dispositivo, ou seja, pode conter a eficácia deste dispositivo, pela criação de exceções razoáveis. E o faz: a Lei 8.069/90, o ECA (Brasil, 1990), no artigo 109, prevê:

Art. 109. O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada.

A Lei 10.054/00 (Brasil, 2000), então, é sede de diversas hipóteses de exceção a este preceito geral. Todas as leis que previrem hipóteses que restrinjam a aplicabilidade da norma geral são atos do legislativo que se prestam a traçar a eficácia da norma contida, mas de forma negativa: se era irrestritamente eficaz, com as exceções razoáveis passa a ser menos abrangente – e por isso é denominada de norma restringível.

Veja que temos falado repetidamente em exceções razoáveis. Esta limitação é trazida pelo princípio da proporcionalidade, ou seja: o constituinte, quando permitiu a atividade

legislativa para conter a eficácia da norma restringível, não garantiu ao legislador o poder de, a seu bel prazer, esmigalhar a norma geral ali contida. A restrição, a exceção, deve ser razoável e isto significa que se a exceção for por demais contrária ao desejo imanente à norma que está sendo excepcionada, não será proporcional, e não será, esta norma restritiva, constitucional.

No exemplo dado, a mensagem por trás do artigo 5º, LVIII, da CRFB, é que se submeta o menos possível as pessoas à identificação criminal, quando estas puderem ser identificadas civilmente. Por isso, uma regra infraconstitucional, restritiva deste preceito geral, deve ater-se ao mínimo possível, que é a vontade constituinte. Se uma norma vier dispondo que “toda infração penal de menor potencial ofensivo vai permitir a identificação criminal, mesmo se houver identificação civil”, esta exceção será claramente infundada, subvertendo a regra geral sem qualquer necessidade, pelo que é contrária ao dispositivo que a autoriza: não é uma exceção razoável, sendo inconstitucional.

Um exemplo de norma contível de grande importância é o inciso XII do artigo 5º da CRFB:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A regra geral, aqui, auto-aplicável, é a inviolabilidade do sigilo das comunicações, em qualquer das suas manifestações (estendendo-se o conceito de “comunicações telegráficas” a todos os meios de comunicação pessoal mais modernos). A exceção, em que a regra geral pode ser restrita, contida, deve ser prevista em lei, e, neste caso, autorizada, caso a caso, pelo juiz criminal.

A lei que operou esta exceção foi a 9.296/96, mas é uma violação tão profunda à intimidade que o STF só admite que seja realizada a interceptação de comunicações em geral se preenchidos quatro requisitos: a lei autorizativa (que é este mencionado diploma); a ordem judicial; que a ordem seja do juízo criminal (havendo hoje dois precedentes, dois habeas-corpus, em que o STF entendeu possível a autorização para revelação de correspondências pessoais⁵ por juízos cíveis); e que a interceptação seja a ultima ratio, ou seja, a autoridade requerente deve

⁵ Não se pode confundir a *quebra do sigilo telefônico*, que é a permissão para se compulsar os registros telefônicos de ligações já realizadas, com a permissão para interceptar as conversas telefônicas que estão por vir. Esta última é que se enquadra na violação à correspondência, e só esta demanda autorização judicial. A quebra dos registros telefônicos pode ser comandada pelo MP ou mesmo pelo delegado de polícia.

comprovar que envidou efetivamente todos os esforços investigativos para captar provas, e não foram frutíferos, sendo a interceptação o último recurso.

Assim, a função do poder constituído é justamente excepcionar, com razoabilidade, as normas contíveis presentes na CRFB. Por isso, as normas de eficácia contida são tidas por relativamente auto-aplicáveis.

4 NORMAS DE EFICÁCIA LIMITADA QUANTO AOS PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS E PROGRAMÁTICOS

Quando o legislador é instado a regulamentar a norma de princípio institutivo, é dado a ele criar tanto as regras gerais como as exceções. Simplesmente, o texto constitucional estabelece um paradigma primário, mas sem a lei regulamentadora o direito simplesmente não existe: não se sabe onde começam ou terminam seus limites.

As normas constitucionais desta espécie são de fácil percepção. Um exemplo já foi apontado: a defesa do consumidor, constante do inciso XXXII do artigo 5º da CRFB. Sem o CDC, simplesmente não se tem qualquer parâmetro para efetivar o direito do consumidor.

Para esta espécie, então, a não produção da lei é letal: não havendo a lei regulamentadora, a norma de eficácia limitada quanto a preceito institutivo simplesmente é morta, ou melhor, natimorta. É uma pedra bruta, absolutamente inexequível.

No que tange as normas de eficácia limitada de princípios programáticos, estas normas têm conteúdo programático, sendo normas sem eficácia por não ter coercibilidade própria. São uma reminiscência do absolutismo, pois que lá surgidas, quando a coercibilidade de qualquer norma era dependente da vontade do monarca.

Com a despersonalização da soberania, as normas constitucionais passaram a ter caráter coercitivo, de observância compulsória. No entanto, algumas normas ainda contam com eficácia de menor intensidade. Para que esta norma atinja a plena eficácia, não é suficiente a simples produção de uma lei: é necessária a observação de critérios metajurídicos. O artigo 3º da CRFB traz exemplo:

- Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A simples presença deste tipo de norma, em uma Constituição, Segundo J. J. Canotilho (1999, p. 84), como uma Constituição dirigente, pois apresenta metas que devem ser perseguidas pelos governantes. Se, durante o governo, o Presidente atenta contra os princípios presentes no artigo 1º da CRFB (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, etc.), será impedido de governar por impeachment, pois princípios têm eficácia imediata e são coercitivos, tendo ampla coercibilidade. Se, de outro lado, os objetivos esposados no artigo 3º não forem alcançados, não há qualquer sanção por seu insucesso. Não são princípios, não há coercibilidade nestas normas programáticas.

Mas, diga-se, estas normas não são desprovidas de qualquer eficácia: esta existe, e a norma pode ser invocada para solucionar casos concretos. Um exemplo de aplicação de uma norma programática é o deferimento da guarda de uma criança a um companheiro homossexual, quando do falecimento do outro, que detinha a guarda, ou o reconhecimento de direitos sucessórios a pessoas do mesmo sexo que têm união estável: o inciso IV deste artigo 3º é o fundamento constitucional para tais providências.

Assim, estas normas demandam a existência de conceitos metajurídicos para a sua eficácia plena, não bastando leis regulamentadoras. Vejamos um exemplo: o artigo 205 da CRFB traça uma norma programática, que dispõe:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

É objetivo do constituinte, então, que toda a população tenha educação de qualidade. Para que este objetivo seja alcançado, não basta a lei instituindo diretrizes e métodos de perseguição da meta; é necessário que haja uma série de soluções metajurídicas para implementar tal busca. Por isso se difere, esta norma de eficácia limitada quanto a princípio programática, daquela que é limitada quanto a princípio institutivo: nesta última, a lei já é suficiente para suprir aquilo que o constituinte pretende; na programática, a lei não passa de acessório, sendo necessários argumentos diversos em ordem a, junto com a lei, fazer eficaz a norma.

Gaetano Azzaritti (1948, p. 30) estabeleceu a seguinte classificação, percebendo que algumas normas constitucionais detinham imperatividade, coercibilidade, mas que a maioria das normas era desprovida de tal força: classificou-as como normas preceptivas e normas programáticas, respectivamente, detentoras e desprovidas de imperatividade.

Vésio Crisafuli (1952, p. 55), outro autor italiano, criticando e aperfeiçoando a classificação de Gaetano, trouxe a seguinte classificação: as normas são programáticas (classificação que se repete em quase toda corrente); imediatamente preceptivas, que são aquelas que já têm, de nascença, a eficácia plena; e de eficácia diferida, que são aquelas normas hoje chamadas de normas de eficácia imitada quanto a princípio institutivo, ou seja, em que uma lei é necessária para fazê-la plenamente eficaz.

Luis Roberto Barroso (2013, p. 40) vem e propõe outra classificação tríplice: as normas constitucionais podem ser definidoras de direitos fundamentais; normas de organização do Estado; e normas programáticas (esta tendo conceito traçado nos mesmos moldes já identificados). É classificação um tanto simplista, mas em que dificilmente podem se encontrar falhas, pois identifica as normas por exclusão: se não estão incluídas no grupo de matérias essenciais – organização do Estado, dos seus poderes, e direitos fundamentais dos administrados –, são programáticas. As demais, normas formalmente constitucionais, têm apenas este efeito programático.

Celso Bastos e Carlos Ayres Brito (1982, p. 59) apresentam uma classificação bem interessante: para eles, as normas constitucionais ou são de aplicação, ou são de integração. As normas constitucionais de aplicação podem ser irregulamentáveis – são aquelas que já nascem auto-executáveis, com plena eficácia; as normas regulamentáveis, ao contrário, são as que podem e devem ser regulamentadas – seria classificação correspondente à das normas de eficácia limitada quanto a princípio institutivo.

Já as normas de integração, para eles, se dividem em complementáveis e restringíveis. As normas complementáveis são aquelas que exigem lei para estabelecer as regras e as exceções; e as normas restringíveis são as que demandam lei somente se necessária a criação de exceções razoáveis (sendo o equivalente às normas de eficácia contida).

Maria Helena Diniz (2009, p. 48) propõe uma das classificações mais comentadas, esses dias. As normas constitucionais, para ela, são: supereficazes; de eficácia plena; de eficácia restringível; ou de eficácia relativa complementável. Normas supereficazes são aquelas que atingiram a eficácia plena pelo primeiro meio, ou seja, já nasceram assim, já são eficazes

plenamente desde sua redação original. Norma de eficácia plena é aquela que, sem nascer pronta, já conta, por algum outro meio, com a aplicabilidade irrestrita. Se a norma, que tem eficácia, puder ser restrita por lei, será da espécie de eficácia restringível. E a norma de eficácia relativa complementável em muito se assemelha, em seu conceito, à norma programática.

José Afonso da Silva (2007, p. 40) identifica as seguintes espécies de normas: de eficácia plena; de eficácia contida; de eficácia limitada institutiva, que pode ser permissiva ou impositiva; e de eficácia limitada programática. Esta é a classificação que temos adotado como padrão, tanto neste estudo como em regra, na ordem jurídica. Vale mencionar do que se trata a norma de eficácia limitada institutiva permissiva e a impositiva, ainda não vistas: a permissiva é aquela que demanda regulamentação, mas esta pode ou não vir a existir. Um exemplo seria a guarda municipal, cuja instituição é permitida pela CRFB, mas se não for criada a entidade, não há omissão a ser suprida. Já a impositiva é aquela que demanda a regulamentação obrigatoriamente, pois é assunto que a CRFB exige que seja tratado pelo legislador, e não apenas o permite.

É de se notar que as classificações, em regra, não fogem à idéia central de delimitar a eficácia das normas, apesar da grande variedade de classificações.

Há ainda um outro autor, Uadi Lamêgo Bulos (2012, p. 153), que inova, trazendo uma classificação a mais: entende que há também as normas constitucionais de eficácia exaurida. Estas nada mais são do que as normas que têm eficácia transitória, que se perderá, que deixará de ter objeto, uma vez ocorrido o evento que a determina. Os exemplos mais claros, por óbvio, estão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, como em seu artigo 3º:

A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Realizada a revisão, esta norma não tem mais eficácia – por isso eficácia exaurida.

CONCLUSÃO

A fase atual da explicação do Direito, ante as correntes jusfilosóficas, ainda se nomeia pós-positivismo. Esta fase da leitura do Direito foi alcançada pela evolução jurídica justamente em torno das normas constitucionais, de seus efeitos e meios de interpretação e aplicação.

As normas constitucionais, em geral, são de natureza principiológica. A CRFB, especialmente, é deveras permeada por princípios, mas sem deixar de contar com igual profusão de regras. Os autores que tratam aprofundadamente do tema costumam defender que uma Constituição perfeita seria aquela que conta com a exata medida de regras e de princípios, nem tanto a um lado, nem tanto a outro. Isto porque, como se verá, os princípios são dotados de uma generalidade muito maior que as regras, tendo a capacidade de se amoldar a uma gama muito maior de situações – o que não é verdade na aplicação das regras. Só com a existência de princípios é possível se consagrar um valor constitucional relevantíssimo: a justiça. As regras, cuja aplicação é muito mais concreta, são limitadas àquelas situações previstas no enunciado normativo, tendo pouca, ou nenhuma, flexibilidade (pelo que há quem diga que as regras são aplicáveis na medida do “tudo ou nada”). Mas esta objetividade das regras também tem seu valor: a limitação das regras promove a segurança jurídica, delimitando situações com maior precisão.

Justamente por haver muitos princípios, e por estes serem dotados de generalidade, o que ocorre na CRFB é a tensão natural entre os princípios. Em diversas e inúmeras situações, o direito só pode ser resolvido com a composição de um conflito entre princípios, e a existência deste conflito, ao invés de ser uma excrescência do ordenamento, na verdade é um corolário da ordem jurídica (ordem na concepção da palavra, significando correção, acerto): se a Constituição é representativa de todas as principais vontades e valores de um povo, e se este povo é extremamente plural e enormemente diverso em seus interesses, aberração seria uma Constituição que promovesse em seu teor apenas consenso (pois se consenso não há, não há como se estratificá-lo: seria uma Carta artificial).

Assim, a Constituição é responsável por representar toda a divergência constitucional. E é por isso que a colisão entre princípios não é só natural, como salutar. Vejamos um exemplo: ao mesmo tempo que a CRFB consagra a livre iniciativa, consagra a proteção ao consumidor. Na casuística, é corriqueira a colisão entre estes dois valores, e será necessária a predominância concreta de um sobre o outro, pesando seus valores no caso. Outro exemplo: o princípio do desenvolvimento econômico frequentemente encontra resistência no princípio da proteção ao meio ambiente, e na casuística um pode suplantar o outro, até mesmo de forma absoluta.

Esta tensão dialética, este conflito, só é latente em plano abstrato. Na casuística, em plano concreto, o conflito demanda imperativamente uma solução, resultando em um só direito, sob pena de, não a sendo alcançada, haver efetivamente a falta do direito.

Assim, se pode depreender uma característica fundamental das normas constitucionais, especialmente relevante na análise de conflitos normativos: a característica da relevância do caso concreto.

Há que se salientar, entretanto, que os princípios não podem ser usados abusivamente, chegando ao ponto de contrariar o direito positivo diametralmente, como tem ocorrido. Por vezes, há possibilidade de solucionar-se uma questão a partir de uma regra específica, sendo dispensável a invocação de princípios, e sendo descabida a aplicação, pelo magistrado, de um princípio mais genérico do que aquela regra dedicada ao assunto.

Neste diapasão, é de se notar que há um consenso sobre o limite da atividade interpretativa: jamais poderá o intérprete, valendo-se de todos os instrumentos de hermenêutica, exacerbar a própria semântica do texto que está sendo analisado. A literalidade semântica da norma é o limite do intérprete, que não pode fazer uma interpretação contrária à redação da norma, ou criativa em relação a esta: isto não é interpretar, é legislar.

REFERÊNCIAS

AZZARITTI, Gaetano. *La nuova Costituzione e Le Leggi Anteriori*. 1948.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BÉLY, Lucien, *Louis XIV: le plus grand roi du monde*, Éditions Jean-Paul Gisserot, coll. « Les Classiques Gisserot de l'histoire », 2005.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm» Acesso em: 16 fev. 2020

BRASIL. Estatuto Da Criança E Do Adolescente - Lei 8069/90 | Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm» Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. LEI Nº 10.054/00. Identificação Criminal. Dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10054.htm» Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL-A. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Lei 8078/90 | Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm» Acesso em: 16 fev. 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm» Acesso em: 16 fev. 2020

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almadina, 1999

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e Le sua Disposizioni di Principio. 1952.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007