

Crítica à Classificação de José Afonso da Silva acerca da Aplicabilidade e Eficácia das Normas Constitucionais

Por George Marmelstein Lima, Juiz Federal

1. Quando tudo começou...

O ano foi 1967. A primeira edição da obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”, de José Afonso da Silva.

O período não era muito favorável ao direito constitucional. Vivia-se em um regime de exceção, onde uma penada do Presidente da República, através dos Atos Institucionais, poderia suspender direitos reconhecidos constitucionalmente. A norma constitucional valia muito pouco. A Constituição não passava de um “livrinho”, para utilizar uma imagem divulgada em rede nacional por um general de quatro estrelas. Censura, tortura, perseguições políticas, eram praticamente institucionalizados, apesar da Constituição.

Nesse conturbado cenário, José Afonso da Silva conseguiu uma proeza: obteve reconhecimento por uma teoria que tratava justamente da... aplicabilidade das normas constitucionais.

Sua teoria atingiu tal nível de aceitação no cenário jurídico nacional que ainda hoje, passados mais de trinta anos, é adotada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns casos.

O sucesso da teoria foi uma surpresa até para o seu autor, conforme se observa nesse trecho da 3ª edição do livro, publicada em 1998:

Esta monografia teve uma repercussão nacional e internacional que nos surpreendeu. Mais surpreendente para nós foi sua intensa utilização nos tribunais¹.

2. Um resumo bem resumido da teoria de JAS

José Afonso da Silva classificou as normas constitucionais, quanto à eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.

¹ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 14.

As normas constitucionais de eficácia plena, segundo o próprio autor da tese, seriam

aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular².

As normas constitucionais de eficácia contida, por sua vez, seriam

aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados³.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada seriam aquelas

através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei⁴.

3. Alguns exemplos para facilitar

Com exemplos, será mais fácil compreender a classificação.

O §1º, do art. 18, seria um típico exemplo de norma constitucional de eficácia plena: “Brasília é a capital federal”. A norma é, por assim dizer, auto-suficiente. Ela produz todos os seus efeitos independentemente de regulamentação infraconstitucional. Brasília é a capital federal e ponto.

Um exemplo de norma de eficácia contida seria a do art. 5º, inc. XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Isso quer dizer que, em princípio, enquanto a lei não estabelecer as qualificações profissionais que entender devidas para o exercício de alguma profissão, será pleno o direito de que trata o artigo. A lei, no futuro, pode até vir a restringir esse exercício em relação a alguma profissão específica; mas enquanto não o fizer, será ampla a eficácia do dispositivo e, portanto, livre o exercício da profissão. Em regra, o que caracteriza essa espécie de norma é a existência de expressões como “nos termos da lei”, “conforme dispuser a lei”, “na forma da lei” etc.

Com relação às normas de eficácia limitada, há inúmeros exemplos. Quase todos os artigos que começam com “a lei disporá...”, “a lei regulará...”, “a lei disciplinará...”

² SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 101.

³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 116.

⁴ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

etc. são, segundo a teoria de José Afonso da Silva, normas de eficácia limitada. “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência” (art. 37, inc. VIII): eis um clássico exemplo de norma constitucional de eficácia limitada, na lição de JAS.

4. A crítica: a baixa eficácia das normas constitucionais de eficácia limitada

O grande “pecado” da teoria de José Afonso da Silva refere-se precisamente às normas de eficácia limitada, aqui incluídas as chamadas normas programáticas, que seriam aquelas que estabelecem programas sociais a serem implementados pelo Estado.

Para ele, essas normas, por si sós, pouco valem. Sua eficácia, como o próprio nome indica, está limitada (ou condicionada, como queira) à edição da lei nela prevista. Se essa lei não for editada nunca, a norma constitucional nunca produzirá os efeitos previstos. A norma constitucional seria dirigida exclusivamente para o legislador.

É óbvio que esse entendimento não pode prevalecer, sob pena de tornar a efetividade Constituição “refém” da vontade do Congresso Nacional. Ou seja: o legislador infraconstitucional terá mais poder do que o próprio legislador constituinte, o que é um absurdo.

Pela teoria de JAS, as normas constitucionais de eficácia limitada teriam apenas uma “eficácia negativa”, já que possuiriam eficácia jurídica imediata, direta e vinculante na medida em que:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspira a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações subjetivas, de vantagem ou desvantagem⁵.

Essa visão de eficácia negativa das normas de eficácia limitada constitui, sem dúvida, um considerável avanço, sobretudo porque a tese foi desenvolvida no período

⁵ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 164.

de ditadura militar, em que foi bastante enfraquecida a força normativa da Constituição. No entanto, na medida em que apenas possibilita a atuação do Judiciário nos casos de ação estatal contrária à norma, sem possibilitar a concretização judicial nos casos de omissão dos Poderes Públicos, ela se torna insuficiente. É preciso superar essa concepção, sob pena de se entregar a efetividade da norma constitucional ao mero arbítrio dos governantes, o que, certamente, não foi o que a Constituição de 1988 desejou.

5. A máxima efetividade da Constituição: uma nova concepção das normas de eficácia limitada

São inúmeras as teorias desenvolvidas no sentido de superar a teoria de José Afonso da Silva acerca das normas de eficácia limitada, com destaque para as seguintes obras em língua portuguesa: *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho⁶; *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, de Ingo Wolfgang Sarlet; *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, de Luís Roberto Barroso; *Desenvolvimento e Efetivação das Normas Constitucionais*, de Sérgio Fernando Moro; o capítulo 17 (A interpretação dos Direitos Fundamentais), do *Curso de Direito Constitucional*, de Paulo Bonavides.

Tendo em vista os limites teóricos do presente estudo, torna-se impossível e, de certo modo, desnecessário analisar cada uma dessas obras. Basta dizer que todas elas acentuam a força jurídica potencializada das normas constitucionais, apenas variando quanto à possibilidade de interferência judicial, concluindo, de um modo geral, que, dentro da “reserva do possível”, o cumprimento de toda norma constitucional pode ser exigido judicialmente, cabendo ao Judiciário, diante da inércia governamental na realização de um

⁶ Canotilho foi extremamente infeliz ao escrever o prefácio da 2ª edição do referido livro, especificamente ao afirmar, com todas as letras, que a Constituição Dirigente teria “morrido”. É certo que, em discursos posteriores, o jurista português tentou amenizar os impactos que seu já famoso prefácio acarretou, alertando que sua tese sobre o dirigismo constitucional foi escrito em um contexto histórico substancialmente diferente da que se vive hoje. Em um simpósio promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Canotilho explica, através de vídeo-conferência, que o conteúdo jurídico da sua tese permanece íntegro, tendo apenas modificado o eixo normativo: antes os programas eram ditados pela Constituição; agora, pelo Direito Comunitário Europeu. (cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003). Sendo assim, as observações feitas por Canotilho no referido prefácio não se aplicariam adequadamente ao constitucionalismo brasileiro, já que, aqui, ainda não há a supremacia do direito internacional/comunitário sobre o direito interno. De qualquer modo, a estrutura ambígua do texto utilizado no prefácio não deixa de ser um “prato cheio” para os que, influenciados pela ideologia neoliberal, defendem a desconstitucionalização e desregulação dos direitos sociais, econômicos e culturais, mesmo sendo totalmente diversas as realidades portuguesa e brasileira.

dever imposto constitucionalmente, proporcionar as medidas necessárias ao cumprimento do direito constitucional em jogo, com vistas à máxima efetividade da Constituição.

Com essa nova concepção, que busca a concretização máxima das normas constitucionais, as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada e mesmo as normas constitucionais “programáticas”, alcançam um novo grau de aplicabilidade.

E aqui vale um parêntesis para explicar o que é *concretização*.

Concretizar a norma constitucional nada mais é do que retirá-la do papel e trazê-la para o mundo real. É dar-lhe vida. Fazê-la gerar os efeitos nela previstos. Efetivá-la. Enfim, é conseguir com que ela deixe de ser mera lírica constitucional para se transformar em um elemento concreto na sociedade.

Eis, portanto, a grande mudança de paradigma sobre a eficácia das normas constitucionais “de eficácia limitada”: antes, elas eram dirigidas apenas ao legislador, que decidiria acerca da oportunidade e conveniência de fazer valer a norma constitucional; agora, também o Poder Judiciário pode ajudar a dar concretização a essa norma.

Quer ver alguns exemplos práticos?

6. Como concretizar judicialmente as normas constitucionais de eficácia limitada?

Tomemos como primeiro exemplo a norma constitucional já citada: “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência”.

Essa norma, segundo a classificação de JAS, seria um típico exemplo de norma constitucional de eficácia limitada.

A princípio, portanto, não geraria qualquer efeito imediato. Ela somente começaria a funcionar quando o legislador resolvesse editar a lei reservando o percentual de vagas para as pessoas portadoras de deficiência. Se o legislador quisesse, poderia passar a vida inteira inerte, sem aprovar a lei, que a norma constitucional jamais geraria efeito.

A lei de que trata a norma constitucional, é certo, já foi aprovada (é a Lei 8.112/90, o Estatuto dos Servidores Públicos, que reserva um percentual de 20% das vagas para os portadores de deficiência). Mas digamos, para apimentarmos um pouco o exemplo, que essa lei não existisse. Digamos, por exemplo, que o legislador ainda não determinou a

reserva de vagas para deficientes. Seria possível buscar a concretização da norma na via judicial?

Digamos, ainda como exemplo, que o Ministério Público ingressasse com uma ação civil pública e dissesse o seguinte: Dr. Juiz, esse legislador até agora não editou a lei reservando um percentual de vagas para os deficientes. Por isso, Dr. Juiz, faça o favor de você mesmo fixar um percentual enquanto essa lei não vem. Se você não fixar, a Constituição vai passar o resto da vida sem ser concretizada. E isso, pode ter certeza, não foi o que o constituinte desejou.

Diante de uma situação dessa, será que o Juiz poderia fixar um percentual?

Pela teoria de JAS, não. Pela nova concepção baseada na máxima efetividade das normas constitucionais, sim.

Outro exemplo.

Artigo 244: “a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”.

Essa é uma típica norma de eficácia limitada pela teoria de José Afonso da Silva. Ou seja, até que a lei citada na norma seja editada, o dispositivo não geraria nenhum efeito, não podendo ser invocada em juízo para obrigar o poder público a cumprir o “programa” previsto na norma.

Essa visão da norma constitucional não pode mais prevalecer. É lógico que o Judiciário pode buscar a concretização da referida norma, mesmo diante (ou sobretudo diante) da omissão do legislador. Se o legislador ficar inerte, nada mais razoável do que permitir que o Judiciário dê a melhor concretização possível em face do princípio da máxima efetividade da Constituição.

Nem se pense que esse novo perfil do Judiciário viola o princípio da separação dos poderes. Na verdade, essa concretização judicial das normas constitucionais é um fenômeno mundial, que reflete o papel do Direito e do Estado na moderna “sociedade do Bem-Estar”⁷. É que, a partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias (liberdades públicas), mas também promessas sociais a serem implementadas, é necessária, para o efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz responsável pela concretização constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas

⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

constitucionais⁸. Não fosse assim de nada adiantaria dizer que o Judiciário é o guardião da Constituição.

Agindo assim, o Judiciário será uma espécie de *catalisador* da vontade constitucional, antecipando-se ao legislador e ao administrador na busca da concretização máxima dos objetivos traçados na Constituição Federal.

7. Finalmente

José Afonso da Silva conseguiu algo extraordinário: em um momento de descrença na força normativa da Constituição, ele foi capaz de extrair das normas constitucionais alguma eficácia.

É lógico que a teoria pertence ao seu tempo. A teoria de JAS não foi escrita com base na Constituição de 1988, que trouxe novos ares à doutrina constitucional. Portanto, não se pode querer imobilizar no tempo uma doutrina que foi escrita em um momento completamente diferente do que se vive hoje.

A teoria teve seus méritos – e por isso deve ser aplaudida. Mas não pode ser idolatrada ou sacralizada; afinal, aprisionar o pensamento é ir em sentido contrário à natureza humana, que tem na mutabilidade cultural uma de suas notas essenciais.

Por isso, não se leve tão à risca a teoria de José Afonso da Silva. Aproveite o que ela tem de bom e adapte o que ela tem de ultrapassada aos novos princípios do direito constitucional, em especial ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Fortaleza, abril de 2004

⁸ Cf. MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Curitiba: Tese de Doutorado, 2003, p. 71.