

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CAMPUS AVANÇADO DE NATAL
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

FABÍOLA PIMENTEL DE PAULA

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS
SOB A ÓPTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**

Natal
2016

FABÍOLA PIMENTEL DE PAULA

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS
SOB A ÓPTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**

Monografia apresentada à Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte –
UERN – como requisito obrigatório para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Armando Ponte
Dias Junior

Natal
2016

FABÍOLA PIMENTEL DE PAULA

**A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS
SOB A ÓPTICA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**

Monografia apresentada à Universidade
do Estado do Rio Grande do Norte –
UERN – como exigência parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. José Armando Ponte Dias Junior
(Orientador)

Prof^a. Ma. Aurélio Carla Queiroga da Silva

Prof^o. Dr. David de Medeiros Leite

Dedico este trabalho a todos que acompanharam a minha trajetória, em especial à minha família que esteve presente em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, fonte de inspiração, por ter me ajudado a alcançar mais este objetivo em minha vida.

Ao meu companheiro de todos os momentos Aldemario Junior, pelo incentivo e compreensão nos períodos de ausência.

Às minhas irmãs, Tatiana e Bianca, fontes de atenção e estímulo e aos meus pais Tarcísio e Gedalva que sempre lutaram pela nossa educação.

Ao professor e orientador José Armando Ponte Dias Junior, pela significativa colaboração intelectual e apoio dedicado para a conclusão deste estudo.

Aos colegas que cursaram comigo a graduação pelo auxílio em todas as ocasiões, fator preponderante que permitiu que eu chegasse até aqui.

Aos demais que cruzaram o meu caminho e que de alguma forma contribuíram para a superação desta etapa.

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras.

Rui Barbosa

RESUMO

Este trabalho averigua a efetividade das normas constitucionais programáticas, analisando o fenômeno da constitucionalização simbólica como um dos fatores que contribuem para a prejudicialidade da efetividade deste tipo de norma. Tendo por base o método dedutivo, construiu-se uma pesquisa básica, descritiva, qualitativa e bibliográfica. O referencial teórico foi organizado de forma a contribuir tanto para a resolução do problema proposto como para o alcance dos objetivos, incluindo autores e pesquisadores da área constitucional pátria, mas enfatizando as obras de José Afonso da Silva e Marcelo Neves. Inicialmente foram abordados os conceitos básicos acerca da constitucionalização e da Constituição chamando a atenção para as especificidades técnicas no que toca à validade, vigência, eficácia e efetividade das normas, uma vez que o entendimento de tais conceitos é fundamental para a compreensão da classificação das normas constitucionais, que foi estudada em capítulo próprio. Por fim, foi analisado o fenômeno da constitucionalização simbólica, mostrando que as normas constitucionais programáticas encontram problemas em sua efetividade não só devido ao seu conteúdo econômico-social e eficácia de programa, mas também, porque para se tornarem efetivas tais normas necessitam da atuação de agentes públicos. Assim, sustenta-se que um dos motivos da falta de efetividade das normas programáticas seria a existência da *alopoiése* do Direito e, por conseguinte, da constitucionalização simbólica.

Palavras-chave: Efetividade. Constituição. Normas Constitucionais Programáticas. Constitucionalização Simbólica.

ABSTRACT

This paper studies the effectiveness of programmatic constitutional norm, analyzing the phenomenon of symbolic constitutionalization as one of the factors that contribute to the prejudicial effectiveness of this type of norm. It used the deductive method, constructed as a basic, descriptive, qualitative and bibliographic research. The theoretical referential was organized to contribute to solving the problem as proposed and to achieve the objectives, including authors and renowned researchers, but emphasizing the works of José Afonso da Silva and Marcelo Neves. Initially, it was addressed the basics concepts about the constitutionalization and the Constitution, reminding the specifics techniques regarding the validity, time of validity, efficiency and effectiveness of the norms, since the understanding of these concepts is essential to comprehension of the classification of constitutional norms which was studied in a unique chapter. Finally, the phenomenon of symbolic constitutionalization was analyzed, showing that the programmatic constitutional norms face problems in their effectiveness not only because of its socioeconomic content and program efficiency, but also, because to be effective such norms require the actions of public officials. Thus, it is argued that one reason for the lack of effectiveness of the programmatic norms would be the existence of allopoiesis of law, and therefore, of symbolic constitutionalization.

Key-words: Effectiveness. Constitution. Programmatic Constitutional Norms. Symbolic Constitutionalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO.....	13
2.1 A CONSTITUIÇÃO SOB A CONCEPÇÃO DE LASSALLE E HESSE.....	17
2.2 DESTRINCHANDO OS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE.....	21
3 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	27
3.1 DOCTRINA NORTE AMERICANA.....	28
3.2 DOCTRINA ITALIANA.....	31
3.3 A CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA.....	34
3.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena.....	36
3.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida.....	37
3.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.....	39
3.4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS.....	42
3.5 CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA.....	48
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	50
4.1 O TEXTO CONSTITUCIONAL E A REALIDADE CONSTITUCIONAL.....	55
4.2 OS DOIS SENTIDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	57
4.2.1 Constitucionalização simbólica em sentido negativo.....	57
4.2.2 Constitucionalização simbólica em sentido positivo.....	59
4.3 OS TIPOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	61
4.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA COMO ALOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO.....	65
4.5 A FALTA DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS COMO CONSEQUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA.....	68
5 CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	78

1 INTRODUÇÃO

Ao se observar a pirâmide normativa de Hans Kelsen (2000), a Constituição é encontrada no vértice do sistema jurídico do país. Ela confere validade a todos os poderes estatais, é a lei suprema que estrutura o Estado e organiza seus órgãos e é nela em que se acham as normas fundamentais contra as quais as demais normas jurídicas não podem ir de encontro.

A Constituição Federal brasileira é o estatuto normativo mais importante do ordenamento jurídico pátrio. Foi construída por um movimento nacional abrangente que, após longos anos de uma ditadura, viu a oportunidade de inserir em seu texto conquistas democráticas com vistas a traduzir os anseios de todo o povo brasileiro.

Daí que surge a Constituição Federal de 1988 que define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no intuito de melhorar as condições sociais e econômicas da população. No entanto, esse tipo de norma possui sua efetividade prejudicada e às vezes acaba por cair no descrédito.

De acordo com José Afonso da Silva (2003, p. 138) as normas constitucionais programáticas são aquelas através das quais os constituintes, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitam-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades visando a realização dos fins sociais do Estado.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2012, p. 09) relata que essas regras surgiram com o Estado Social, no período posterior à Primeira Guerra Mundial, notadamente após a crise de 1920. A partir de então, o Estado passou a intervir de forma constante no domínio econômico transformando-se no protagonista da cena econômica. Defendia-se, como anota Edvaldo Brito (1982, p. 19 *apud* PIMENTA, 2012, p. 09), “... em lugar da liberdade que oprimia, a intervenção que libertaria”.

Assim, as Constituições passaram a integrar em seus textos os chamados direitos econômicos e sociais, em vez de se limitarem à consagração de direitos

civis e liberdades políticas. Essa mudança de postura das Cartas Constitucionais levou ao aparecimento das normas constitucionais programáticas, na medida em que estas passaram a representar a fórmula aceitável para o reconhecimento, em sede constitucional, de novos direitos, todavia, sem eficácia técnica e social suficientes. (PIMENTA, 2012, p. 09).

Neste diapasão, verifica-se um problema no que toca à efetividade das normas constitucionais programáticas e o objetivo deste trabalho é justamente analisar se uma das possíveis causas que contribuem para uma eventual falta de efetividade de tais normas seria o fenômeno da constitucionalização simbólica, exaustivamente debatido por Marcelo Neves.

Segundo Marcelo Neves (2011, p. 115-116) é através das chamadas “normas programáticas de fins sociais” que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional apresenta-se de forma mais marcante. Os constituintes, legisladores, governantes, entre outros, não conseguem encobrir, por meio do discurso constitucionalista, a realidade social que se torna totalmente contrária ao que se encontra proclamado na Constituição. Invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e o interesse do Estado na sua consecução, mas não tomam as devidas ações para concretizá-los.

Portanto, nos dias atuais em que deve prevalecer a concepção da máxima efetividade da constituição, não se deve atribuir a parca eficácia social das normas constitucionais programáticas tão somente a seu conteúdo econômico-social e função eficaz de programa. Deve-se vislumbrar além, como o problema da constitucionalização simbólica.

É nesta perspectiva que esta pesquisa se justifica, pois a Constituição, como um plexo ordenado de normas e princípios, responsável pela regulação da vida social, tem por intuito a sua realização no mundo dos fatos. Logo, a lei fundamental existe para ser executada e é por isso que se torna indispensável o fortalecimento de uma doutrina que aborde a efetividade das normas constitucionais.

No que toca à questão metodológica, dentre os métodos científicos existentes, a presente pesquisa utilizou o método dedutivo visto que partiu de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e chegou a conclusões de

maneira puramente formal, ou seja, em virtude unicamente da utilização da lógica.

Ademais, levando-se em consideração as formas clássicas de classificação das pesquisas, tem-se que o presente trabalho se classifica: a) quanto à natureza, em uma pesquisa básica, pois objetivou aumentar os conhecimentos acerca da efetividade das normas constitucionais programáticas contribuindo para o avanço da ciência jurídica sem aplicação prática prevista; b) no que se refere à abordagem do problema, como uma pesquisa qualitativa, pois, segundo Silva e Menezes (2005, p. 20), esse tipo de pesquisa não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas, mas a interpretação dos fenômenos e a atribuição de seus significados. Portanto, com a presente pesquisa não se buscou entender a questão da efetividade das normas constitucionais programáticas através de métodos estatísticos, mas sim, através de sua interpretação como um fenômeno existente no mundo jurídico; c) do ponto de vista de seus objetivos, enquadra-se como descritiva, uma vez que descreveu características de um determinado fenômeno e a sua relação com outras variáveis e peculiaridades, que, de acordo com Teixeira *et al.* (2009, p. 114) tornam este estudo descritivo; e, d) no tocante aos procedimentos técnicos, é eminentemente bibliográfica uma vez que foi elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e materiais disponibilizados na Internet.

Deste modo, seguindo esta linha metodológica, os capítulos deste trabalho foram divididos de forma a alcançar os objetivos propostos e desvendar o problema de pesquisa.

Inicialmente foram abordadas as premissas básicas acerca da constitucionalização e da Constituição, destacando-se o conceito de Constituição sob o viés sociológico, que trouxe à tona o embate entre as ideias de Ferdinand Lassalle (2014) e Konrad Hesse (1991). Feito isso, ainda neste capítulo inicial, passou-se a estudar as especificidades técnicas no tocante à validade, vigência, eficácia e efetividade das normas, visto que o entendimento de tais conceitos era fundamental para a compreensão das classificações das normas constitucionais.

Isto posto, tem-se em um segundo momento, justamente o estudo da classificação das normas constitucionais. Mas, impende salientar que, muito embora haja uma diversidade de opções, foi aqui utilizada a classificação proposta por José

Afonso da Silva (2003) que, apesar das críticas, não se pode negar que foi pioneira para a sistematização do estudo das normas constitucionais, tendo alcançado repercussão nacional e internacional, sendo constantemente utilizada pelos tribunais e citada pela doutrina e jurisprudência. Portanto, não fique o leitor frustrado em encontrar ao longo do trabalho inúmeras menções ao referido autor, pois nada mais justo do que estudar a classificação das normas constitucionais concebida por Silva, pela sua própria obra. Ele classifica as normas constitucionais quanto ao grau de seus efeitos jurídicos em três grupos: “normas constitucionais de eficácia plena”, “normas constitucionais de eficácia contida” e “normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida”. Esta última é ainda dividida em “normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos” e “normas declaratórias de princípio programático”. Este trabalho explanou cada uma dessas classes de normas, mas buscou analisar de forma mais detida as “normas declaratórias de princípio programático” e é por esse motivo que o estudo de tais normas foi aprofundado em tópico específico e destacado.

Por fim, foi analisado o fenômeno da constitucionalização simbólica, cujo precursor foi Marcelo Neves (2012). Assim, as páginas iniciais desse capítulo destinaram-se a situar o leitor acerca da temática da “constitucionalização simbólica”, fornecendo os conceitos introdutórios. Depois verificou-se a relação dissonante entre texto e realidades constitucionais, sendo esta relação analisada de forma superficial pela óptica dos modelos de Friedrich Müller (1990) e Peter Häberle (1980). Avançando no assunto, revelou-se que a constitucionalização simbólica tem seu lado negativo e positivo, podendo ser classificada em três formas básicas de manifestação: 1) constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2) constituição como fórmula de compromisso dilatatório; 3) constitucionalização-álibi. Só depois de percorrido todo esse caminho é que foi possível debater acerca do cerne da questão da constitucionalização simbólica que seria a *alopoiése* do sistema jurídico e isso serviu de base para que no tópico derradeiro fosse analisada a possibilidade de a constitucionalização simbólica acarretar como uma de suas consequências a falta de efetividade das normas constitucionais programáticas. Cabe ainda ressaltar que todo este capítulo foi construído com base na obra de Marcelo Neves que foi referenciada de forma rotineira.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO

Pelo conhecimento empírico, quando se fala em constitucionalização, remete-se à ideia de tornar algo constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 31-32), o termo constitucionalização é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, na verdade, comporta múltiplos sentidos. Por tal termo, poderia se caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Poderia ele servir para identificar o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afeitos aos ramos infraconstitucionais do direito. Poderia estar associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico¹.

Neste trabalho a constitucionalização será empregada como o processo de transformação do direito constitucional em ramo estruturante da ciência jurídica, tendo isso ocorrido em decorrência da mudança do papel das Constituições.

Conforme relata Gustavo Binenbojm (2008, p. 61), no passado a Constituição não era considerada uma autêntica norma jurídica dotada de cogência e imperatividade. Tratava-se de uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas. Os preceitos constitucionais deveriam apenas inspirar o legislador, mas não poderiam ser diretamente aplicados pelos juízes na resolução de controvérsias judiciais. Os magistrados e os operadores do direito em geral deveriam fundamentar suas decisões nas leis em vigor, consideradas expressões autênticas da soberania popular.

Nesse período conhecido como “legicentrismo”, as leis eram escassas e tidas como o centro do ordenamento jurídico. No entanto, tal período foi superado

¹ Interessante se faz mencionar que para Neves (2011, p. 64-65) o emprego do termo “constitucionalização” subjaz a ideia de que nem toda ordem jurídica-política estatalmente organizada possui uma Constituição ou, mais precisamente, desenvolveu satisfatoriamente um sistema constitucional. Com isso o conceito de Constituição assume um significado mais delimitado. Para o referido autor, na acepção moderna, a Constituição pode ser encarada como fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política que são subsistemas da sociedade. Nessa perspectiva, a constitucionalização apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação.

surgindo um novo paradigma no qual passou-se a atribuir às Constituições um papel muito mais destacado no sistema normativo. Alguns dos fatores que contribuíram para isso foram a crise do Estado liberal burguês e o advento do *Welfare State*² que trouxe em seu bojo uma “inflação legislativa”. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nessa seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas. Uma das consequências dessa volúpia legiferante foi a desvalorização da lei. Paralelamente a isso, a jurisdição constitucional foi se ampliando e se fortalecendo em todo o mundo ao longo do século XX, sobretudo após a experiência do nazi-facismo que perpetrou uma verdadeira barbárie com a permissão do legislador, revelando a necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos (BINENBOJM, 2008, p. 61-62).

Para completar esse panorama, faz-se mister destacar que houve uma expansão das tarefas das Constituições contemporâneas. No passado, as Constituições limitavam-se a tratar da estrutura básica do Estado e da consagração de direitos individuais e políticos. Já no constitucionalismo contemporâneo, que se edificou a partir do Estado Social e teve como marcos iniciais as Constituições do México de 1917, e de Weimar, de 1919, as leis fundamentais passaram a imiscuir-se em novas áreas, não só instituindo direitos de caráter prestacional, como também disciplinando assuntos que antes silenciavam, tais como ordem econômica, relações familiares, cultura etc. Neste contexto, as Constituições deixaram de ser vistas apenas como as leis básicas do Estado, circunscritas à temática do direito público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade (BINENBOJM, 2008, p. 63).

Esta ampliação do espaço constitucional inicialmente não foi suficiente para elevar a Constituição à posição de centro gravitacional do ordenamento jurídico. Um sério obstáculo deveria ser vencido, qual seja: superar a concepção daqueles que vislumbravam as normas constitucionais (principalmente as programáticas) como meros programas políticos, desvestidos de qualquer eficácia jurídica, que careceriam sempre da mediação do legislador para produção dos seus efeitos.

2 O Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* pode ser definido como aquele que assume a proteção social de todos os cidadãos, patrocinando ou regulando fortemente sistemas nacionais de Saúde, Educação, Habitação, Previdência e Assistência Social; normatizando relações de trabalho e salários; e garantindo a renda, em caso de desemprego (SANTOS, 2009, p. 36).

Poder-se-ia até reconhecer o caráter preceptivo das normas constitucionais clássicas, ou seja, daquelas que estabeleciam a organização do Estado e definiam os direitos individuais e políticos do cidadão, até porque estas não continham nenhum projeto de alteração do *status quo*. Mas, às normas que extravasassem este papel, devotava-se muito pouca importância, pois, a elas não era atribuído valor jurídico efetivo. Só a superação desta visão, com o reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, em especial dos seus princípios e programas de cunho social, é que se permitiu conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representava não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e o centro de todo o direito infraconstitucional (SARMENTO, 2003, p. 272).

Como revela Binbenojm (2008, p. 66), no Brasil, esse processo de constitucionalização do direito intensificou-se a partir da Carta de 1988. Isto porque, apesar da existência de mecanismos de jurisdição constitucional no país desde a primeira Constituição republicana de 1891, germinava de forma mais ou menos velada a percepção de que as Constituições “não eram para valer”, de que não passavam de retórica pomposa enquanto que a realidade permanecia quase que completamente à margem da incidência das ordens constitucionais.

Mas, a Carta de 1988 pretendeu romper com este ciclo. Fruto de um movimento de democratização do país, tal Constituição inaugurou uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, pautada pela preocupação com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno. Atualmente, foi incorporada de fato aos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos ou privados. Em que pese o persistente déficit de efetividade em certas questões, sobretudo as correlacionadas à promoção da justiça social, é fato que a Constituição brasileira passou a ser encarada como autêntica norma jurídica (BINENBOJM, 2008, p. 66-67).

Isto posto, percebe-se que as Constituições na contemporaneidade passaram a assumir um papel cada vez mais importante e se tornaram o núcleo do ordenamento jurídico. Assim, faz-se necessário estabelecer a conceituação do que vem a ser uma Constituição, visto que até o presente momento isso não foi

realizado. No entanto, conceituar Constituição não é uma tarefa fácil. Neves (2011, p. 57) revela que foi no quadro das revoluções burguesas dos fins do século XVIII que surgiu o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função constituinte de poder abrangente e universal da Constituição. Esse uso linguístico inovador, vinculado às transformações revolucionárias, não levou, contudo, à univocidade em relação ao conceito de Constituição. Ao contrário, fortificou desde o surgimento do Estado moderno liberal o problema da plurivocidade da palavra Constituição.

Poder-se-ia incursionar por várias conceituações de Constituição no lastro de doutrinadores renomados, tais como José Gomes Canotilho (1991, p. 41) para quem a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Ou José Afonso Silva (2003, p. 29) para quem a Constituição em sentido jurídico é a lei fundamental de organização do Estado e da vida jurídica de um país.

No entanto, não basta apenas fornecer “conceitos prontos” de Constituição, porque esta, na verdade, pode ser conceituada sob diferentes viéses. Há quem a conceitue sob o viés sociológico, político, histórico, jurídico entre outros³. Portanto, um único conceito não é capaz de abarcar todas essas vertentes que a Constituição pode assumir. Também não é a proposta deste trabalho tratar de tudo, mas pretende-se pelo menos estudar com um pouco mais de profundidade a Constituição sob a concepção da Escola Sociológica. Tal Escola tem por precursor Ferdinand Lassalle⁴. Foi ele quem definiu a Constituição como a expressão dos fatores reais do poder. Mas, suas ideias foram refutadas por Konrad Hesse e é desse embate que se consolida o conceito de Constituição no seio da Escola Sociológica, conforme se verifica a seguir⁵.

3 Neves (2011, p. 57-58) menciona que a pluralidade dos conceitos da Constituição é suscetível de ser classificada em quatro tendências fundamentais, que podem designar-se através das seguintes palavras-chave: “sociológica”, “jurídico-normativa”, “ideal” e “cultural-dialética”. Tais tendências, até hoje, desempenham um papel importante nos estudos acerca do Estado, do direito e da Constituição.

4 Em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle proferiu, numa associação liberal-progressista de Berlim, sua conferência sobre a essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*), na qual expôs as bases de sua teoria (HESSE, 1991, p. 9).

5 Costuma-se dizer também que a Escola Sociológica propagada por Lassalle é contestada pela Escola Jurídica cujo maior expoente foi Kelsen. Há uma tendência natural em se tratar como

2.1 A CONSTITUIÇÃO SOB A CONCEPÇÃO DE LASSALLE E HESSE

Como observa Jorge Miranda (1991, p. 53), não surpreende o fato de a Constituição surgir “com natureza, significação, características e funções diversas, consoante as diferentes correntes doutrinárias que atravessam os séculos XIX e XX”. Isso porque as Constituições refletem as experiências, o modo de vida e os avanços de cada sociedade. Assim, pode-se dizer que a Constituição sob a concepção de Lassalle foi influenciada pela conjuntura social e política da sociedade na qual vivia.

Vieira (1998, p. 72) ressalta que coube a Lassalle o mérito de haver lançado as bases de uma análise da Constituição no sentido material e sociológico ao afirmar a necessidade de se distinguir entre Constituições reais e Constituições escritas. Uma vez que Lassalle (2014, p. 47) considera que a verdadeira Constituição de um país reside sempre e unicamente nos fatores reais e efetivos de poder. Logo, quando a Constituição escrita não corresponder a tais fatores, está condenada a ser por eles afastada.

Assim, na concepção de Lassalle (2014, p. 57), os problemas constitucionais não são primariamente problemas de direito, mas de poder. Porque, para ele, a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas; o poder social, representado pelos latifundiários; o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital; e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão somente, aquilo que os fatores reais de poder determinam. Tais fatores formam a Constituição real do país, ao passo que o documento escrito chamado Constituição (a Constituição jurídica) não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (*ein Stück Papier*) (HESSE, 1991, p. 09). Logo, onde a Constituição escrita

antagônicas tais Escolas, o próprio Neves (2011, p. 59) apresenta os conceitos jurídico-normativos de Constituição, nos termos da Teoria Pura do Direito, como oposição à concepção sociológica clássica de Lassalle. No entanto, a abordagem mais moderna desta temática não evidencia apenas os pontos divergentes, busca evidenciar que as concepções acerca da Constituição de cada Escola se complementam.

não condiz com a realidade, irrompe inevitavelmente um conflito no qual a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbe perante a Constituição real, que corresponde às verdadeiras forças vitais do país (LASSALLE, 2014, p. 47).

Isto posto, Neves (2011, p. 58-59) revela que Lassalle não se limitou a formular um conceito sociológico, acabou por definir a Constituição sob as dimensões socioeconômica e sociopolítica, ao considerar as normas jurídicas constitucionais como mera expressão da Constituição real, da qual seriam dependentes. Essa postura de Lassalle desconsidera que o ordenamento (normativo-jurídico) constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida. Não observa que os fatores materiais de poder e a ordem jurídica constitucional encontram-se em relações permanentes de implicação recíproca, principalmente através de delimitação de fronteiras.

Tal postura deve-se ao fato de que o Estado, ao tempo em que escreve Lassalle encontrava-se dentro de uma moldura compatível com a época. Coelho (1998, p. 190) registra que Lassalle estando preso a um sociologismo extremo e vivendo numa sociedade fechada e homogênea, não conseguiu vislumbrar saídas institucionais para os choques entre a Constituição jurídica e a Constituição social. Um dos motivos para tanto, seria que as estruturas políticas, econômicas e sociais ofereceram ao constitucionalismo do século XIX conotações diversas das oferecidas à doutrina constitucional do século XX. Visto que durante o século XX a doutrina constitucional sofreu influência das duas grandes guerras, do desenvolvimento científico e industrial, podendo-se apontar ainda a instituição das formas de controle jurisdicional da constitucionalidade que constituiu fator de modificação sobre a ordem constitucional (VIEIRA, 1998, p. 73).

Nesse sentido, como mostra Miranda (1991, p. 20), “o conceito material de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam, vai ser assumido ou utilizado por diferentes regimes e sistemas políticos e abrir-se, portanto, a uma pluralidade de conteúdos”. Por isso, pode-se dizer que tal como ocorreu ao longo do século XX, a influência histórica também se revela de forma clara no posicionamento de Lassalle. Tal fator é melhor observado quando seu pensamento é confrontado com o de Konrad Hesse (VIEIRA, 1998, p. 73).

Conforme revela Coelho (1998, p. 186), Lassalle não propôs soluções para os conflitos entre a Constituição escrita e a Constituição real e esses conflitos não podiam ser ignorados nem suprimidos. Assim, fazia-se necessário procurar outras saídas para esses impasses por meio de fórmulas ou procedimentos jurídico-institucionais que, na medida do possível, prevenissem os confrontos e, nas situações de crise, pudessem impedir que, precisamente em razão deles, se cumprisse o destino trágico das “Constituições folha de papel”. Konrad Hesse foi uma das pessoas que propôs uma solução para tal problema através da constitucionalização dos fatores reais de poder, no que se mostrou sensato e competente.

Assumindo posição declaradamente contrária à doutrina de Lassalle – da qual faz um resumo preciso na abertura do seu livro *A força normativa da Constituição* – Hesse (1991, p. 11) afirma que as teses daquele ilustre sociólogo do direito se mostrariam desprovidas de fundamento caso se admitisse que a Constituição contivesse, ainda que de forma limitada, uma força própria motivadora e ordenadora da vida do Estado.

Hesse (1991, p. 14-15) chega à ilação de que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, na situação por ela regulada que pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização. Assim, devem ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais, pois a pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. E há de ser contemplado, também, o substrato espiritual do povo, ou seja, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. Afirma Hesse (1991, p. 15):

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização, a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade

política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela.

Assim, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa. Embora ela não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas; se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida; se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-ia em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (HESSE, 1991, p. 19).

Tal vontade de constituição deve basear-se na compreensão da necessidade de uma ordem jurídica inquebrantável, que proteja o Estado do arbítrio, e na compreensão de que esta ordem instituída seja algo mais do que meramente legitimado pelos fatos. É preciso ter claro que nenhuma ordem normativa atinge o sucesso sem o concurso da vontade humana. Esta ordem adquire e mantém sua vigência através dos atos de vontade. Em suma, para Hesse, são pressupostos para que a constituição desenvolva ao máximo a sua força normativa: a correspondência do seu conteúdo com a natureza singular do momento histórico presente e uma práxis do respeito à constituição em detrimento de interesses momentâneos (CAUBET, 2001, p. 69-70).

Percebe-se, que essa discussão acerca da força normativa da Constituição como contrapondo da teoria sociológica ainda é pertinente, principalmente se for considerado o cenário atual do Brasil, no qual se verifica uma crise política que culminou no *impeachment* de uma presidente da república eleita, sem convicção veemente de cometimento de crime de responsabilidade⁶. Com isso, pode-se dizer

⁶ Trata-se aqui do impeachment de Dilma Rousseff cujo processo iniciou-se com a aceitação da denúncia por crime de responsabilidade, em 2 de dezembro de 2015, pelo então Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, e se encerrou no dia 31 de agosto de 2016, resultando na destituição de Dilma do cargo. Assim, Dilma Rousseff tornou-se o segundo Presidente da República a sofrer *impeachment* no Brasil, sendo Fernando Collor o primeiro em 1992.

que em pleno século XXI, de certa forma, houve a sucumbência⁷ da Constituição como consequência da discordância com os fatores reais de poder. Consta-se um exemplo real da constitucionalização simbólica, estudada no quarto capítulo deste trabalho, com a nítida sobreposição do código político (poder/não poder) em detrimento do código jurídico (lícito/ilícito).

A essa altura do conhecimento humano, já não se admite considerar a Constituição como uma simples folha de papel, como acreditava Lassalle, mas sim, deve-se vislumbrar nela uma força normativa capaz de conformar a realidade, como preceitua Hesse. Nesta esteira também Rui Barbosa (1933, p. 489) que já admitia na década de trinta do século XX que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras”. Sendo assim, as normas constitucionais existem para serem cumpridas e não suprimidas ou deturpadas ao bel prazer dos fatores reais do poder, uma vez que são normas válidas, vigentes e, segundo o posicionamento moderno, são dotadas de eficácia e efetividade, conceitos debatidos a seguir.

2.2 DESTRINCHANDO OS CONCEITOS DE VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA E EFETIVIDADE

A conceituação do que vem a ser validade, vigência, eficácia e efetividade das normas, temática enfrentada de forma preliminar no início dos estudos da ciência jurídica na disciplina *Introdução ao Estudo do Direito*, é de extrema importância, mas muitas vezes relegada pelos operadores do direito.

O conceito de validade tem a ver com a noção de valor, cuja origem é econômica, não filosófica. Na Filosofia ela entra por meio da chamada filosofia dos valores, para a qual estes são entidades diferentes dos objetos reais, dos quais se dizem que são (no sentido de forma essencial e existência), ao passo que os valores valem (sua forma essencial não é um ser, mas um dever-ser, e sua existência se expressa por sua validade). Por sua origem econômica, valores são, antes de tudo,

⁷ O termo sucumbência não foi aqui adotado como ruptura da ordem constitucional, não tendo a Constituição sucumbido em sua totalidade, mas sim, em um de seus preceitos fundamentais, que é o do Estado Democrático de Direito.

relacionais e em geral são medidos e submetidos a padrões. Valem mais ou menos a partir de referenciais diversos, por isso, relativos. De algum modo, porém, desta relatividade segue o caráter relacional da validade: valer é sempre valer-para algo (medidas valem para, padrões valem para, os próprios valores valem para algum outro). Em consequência, se é dito que uma norma vale, isto significa que ela existe “em relação a”. A questão é saber em relação a que (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 73).

Para Kelsen (*apud* FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 74), uma norma vale em relação a outra norma que a antecede hierarquicamente. Pode-se dizer que sua concepção é sintática: a norma é um signo, meio para outro signo, e a relação signo/signo, norma/norma, é uma relação de validade. Identificar a validade de uma norma significa, pois, verificar sua relação de subordinação em face de outra norma. Assim sendo, a validade de uma norma legal se verificaria por sua conformidade de subordinação em face da norma constitucional, das normas procedimentais para a sua edição etc.

A posição Kelseniana revela um interessante aspecto da validade, de que não é possível dizer, tomando-se isoladamente uma norma, se ela é ou não válida. Se validade é conceito relacional, ela só pode ser identificada num contexto de normas denominado ordenamento. Para escapar do formalismo de Kelsen, pode-se recorrer a uma explicação pragmática, entendendo-se por isso a relação de um signo com seus usuários, ou seja, a validade da norma em relação ao seu emissor e seu receptor. Nesse sentido, do ângulo pragmático, normas são entendidas como uma forma de comunicação: comunicação normativa (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 75).

Diniz (2009, p. 398) seguindo a esteira de Reale (2002, p. 105) toma o termo validade como gênero e distingue nele a vigência como validade formal ou técnico-jurídica, a eficácia como validade fática, e o fundamento axiológico como validade ética. Assim, a validade seria um complexo, com aspectos de vigência, eficácia e fundamento. Sendo esses três aspectos os requisitos para que a norma jurídica seja legitimamente obrigatória.

Essa forma de distinção da validade em várias espécies acaba por dificultar seu entendimento. Ferraz Junior (2003, p. 197), revela que a questão da validade

jurídica das normas e do ordenamento jurídico é uma questão zetética, portanto uma questão aberta. No entanto, do ângulo dogmático, a questão é fechada. Por isso sua formulação é diferente. Ao invés de se perguntar o que é validade e como se define a validade jurídica, pergunta-se pela identificação da validade das normas de dado ordenamento. Nesse sentido, a validade das normas do ordenamento brasileiro não é definida, mas assinalada: cumpre ao dogmático mostrá-la e, se necessário, demonstrá-la. Uma definição zetética exige distinção entre validade e existência, entre validade de normas jurídicas e de outras normas, como as morais. Já a dogmática cuida de um ordenamento dado, distinguindo dentro dele os modos pelos quais a validade de suas normas se apresenta. O problema dogmático da validade é, assim, a questão de saber quando uma norma é reconhecida como válida para o ordenamento, a partir de que momento, quando deixa de valer, quais os efeitos que produz e quando os produz, se os produz mesmo quando não pode ser tecnicamente reconhecida como válida (problema da norma inconstitucional, por exemplo).

Segundo Ferraz Júnior (2003, p. 197-198) no tocante à dogmática jurídica, para se reconhecer a validade de uma norma, precisa-se, em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento.

Reale (2002, p. 109-110) relata que são três esses requisitos: a) quanto à legitimidade do órgão; b) quanto à competência *ratione materiae*; e, c) quanto à legitimidade do procedimento. Isto é, a norma tem que ser elaborada por um órgão competente e legítimo. Por ter sido constituído para tal fim, a matéria objeto da norma deve estar contida na competência do referido órgão e, por fim, deve-se observar os processos ou procedimentos estabelecidos em lei para a sua produção, que nos Estados Unidos da América se denomina *due process of law* (devido processo legal) (DINIZ, 2009, p. 399).

Cumprido esse processo, tem-se uma norma válida que precisa ser sancionada e publicada para que se inicie o tempo de sua validade. Publicada a norma, diz-se então que a norma é vigente⁸. Vigência é, pois, um termo com o qual

⁸ Pelo art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma lei começa a ter vigência em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada, salvo se na publicação for

se demarca o tempo de validade de uma norma. Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 198).

Segundo Kelsen (2000, p. 11), a palavra vigência representa a existência específica de uma norma. Com isso, quando se descreve o sentido ou o significado de um ato normativo diz-se que, com o ato em questão, uma conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida. Para o mesmo ato a conduta também pode ser consentida, permitida ou facultada. Se, a palavra “dever ser” for empregada num sentido que abranja todas estas significações, pode-se exprimir a vigência de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita.

Kelsen (2000, p. 11) revela ainda que a existência de uma norma positiva torna-se autônoma e independente em relação à existência da vontade de quem a criou. Afirma que quando a norma entra em vigor, o ato de vontade de seu instituidor já deixou de existir. A norma, portanto, expressa sua força e impõe a conduta, mesmo que seu instituidor já não queira que isso ocorra e continua valendo mesmo quando ele já não esteja mais vivo.

Na concepção de Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 82-83):

Viger é ter força para disciplinar, para reger, cumprindo a norma seus objetivos finais. A vigência é propriedade das regras jurídicas que estão prontas para propagar efeitos, tão logo aconteçam, no mundo fático, os eventos que elas descrevem. Há normas que existem e que, por conseguinte, são válidas no sistema, mas não dispõem dessa aptidão. A despeito de ocorrerem os fatos previstos em sua hipótese, não se desencadeiam as consequências estipuladas no mandamento. Dizemos que tais regras não têm vigor, seja porque já o perderam, seja porque ainda não o adquiriram.

Assim, pode-se inferir que o termo vigência traduz a existência específica de uma norma e que não se confunde com validade. Uma norma pode ser considerada válida caso tenha completado regularmente o processo de integração ao ordenamento jurídico, mas pode ainda não ser vigente, por depender da verificação

disposto de outro modo (por exemplo, vigência na data da publicação). Durante aqueles quarenta e cinco dias, a norma já é válida (já pertence ao ordenamento), mas não é vigente, ou seja, sua validade fica suspensa. Assim, nesse período, ela convive com normas que lhe são contrárias que continuam válidas e vigentes até que ela própria comece a viger, quando, então, as outras estarão revogadas. A doutrina chama esse período de *vacatio legis* (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 198).

de condição suspensiva ou de vacância, ou mesmo ter tido sua vigência exaurida (CARVALHO, 1999, p. 83).

Avançando no estudo, Ferraz Junior (2003, p. 199) relata que uma norma válida pode já ser vigente e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são atributos distintos. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de efeitos. A capacidade de produzir efeitos, por sua vez, depende de certos requisitos, alguns são de natureza fática, que acarretam a eficácia social, outros, de natureza técnico-normativa que originam a eficácia técnica.

Nesta perspectiva, também Silva (2003, p. 65) estabelece que a eficácia da norma pode ser classificada em dois sentidos: a eficácia social e a eficácia jurídica⁹. A eficácia social refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada. Nessa acepção, a eficácia da norma diz respeito, como menciona Kelsen (*apud* SILVA, 2003, p. 66), ao fato real de que ela é, efetivamente, aplicada e seguida. É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Já a eficácia jurídica da norma, caracteriza-se pela aptidão de a lei alcançar seu escopo jurídico (objetivos traçados na própria norma), produzindo efeitos jurídicos, e, por via transversa, os fins desejados pelo legislador que a instituiu. Em suma, a eficácia jurídica refere-se à possibilidade de aplicação, exigibilidade ou executoriedade da norma. Ao se tratar de normas jurídicas, fala-se em eficácia social ou efetividade, quando o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, e se fala em eficácia jurídica quando há apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer (SILVA, 2003, p. 66).

Quanto à eficácia jurídica da norma, corrobora com o que foi exposto o pensamento de Mello (2004, p. 17). Segundo ele, caso a norma exista com vigência e validade, poderá ser eficaz, desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. Isto quer dizer, que, se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem integralmente no plano da realidade, a norma jamais será eficaz, pois o pressuposto essencial para ocorrência da eficácia é justamente essa concretização. Nesse diapasão, Barroso (2006, p. 81) conceitua a eficácia jurídica da seguinte forma:

⁹ Há uma divergência de nomenclatura, a eficácia jurídica de José Afonso da Silva é tratada por Ferraz Junior como eficácia técnica.

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou em menor grau, os seus efeitos típicos.

Feitos os apontamentos necessários para a qualificação da eficácia chamada no sentido técnico ou jurídico, faz-se mister fazer algumas breves considerações acerca da eficácia social ou efetividade jurídica da norma.

De acordo com Barroso (2006, p. 83) é intuitivo que a efetividade das normas dependa de sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há eficácia e, por conseguinte, não haverá efetividade possível. Em síntese, pode-se afirmar que a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 2006, p. 82-83).

Isto posto, percebe-se que validade, vigência, eficácia e efetividades são termos correlatos que possuem especificidades cujo entendimento é essencial para o operador do direito. Sendo essencial também para a compreensão de outros temas da ciência jurídica, como o estudo da classificação das normas constitucionais que a seguir se verifica.

3 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Há uma diversidade de classificações das normas constitucionais, mas uma das mais festejadas e a que será aqui estudada é a classificação proposta por José Afonso da Silva (2003, p. 81ss) que estratifica as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade.

Pode-se estranhar o fato de que um trabalho que trate da efetividade das normas constitucionais programáticas escolha como objeto de estudo uma classificação de normas constitucionais que se baseie na eficácia. Mas, tal classificação foi aqui escolhida porque ela foi pioneira na sistematização do estudo das normas constitucionais, tendo alcançado repercussão nacional e internacional, sendo constantemente utilizada pelos tribunais e citada pela doutrina e jurisprudência.

Para Silva (2003, p. 60), uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fatos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade, esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação¹⁰.

Os problemas da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais começam com as incertezas terminológicas, o que dificulta ainda mais sua solução e até mesmo sua formulação científica (SILVA, 2003, p. 63). Por isso, o primeiro capítulo do presente trabalho buscou conceituar e diferenciar validade, vigência, eficácia e efetividade, de forma a buscar compreender as nuances no tocante às diversas classificações das normas constitucionais.

A questão da terminologia, aliás, não é particular da teoria do direito

¹⁰ Percebe-se com esta explicação que aquilo que José Afonso da Silva chama de aplicabilidade não se confunde com o conceito de efetividade, estudado no Capítulo 2. Analisar a aplicabilidade de uma norma significa analisar se ela reúne todos os requisitos que possibilitam a sua incidência o que não quer dizer que ela será realmente aplicada, o que caracterizaria a sua efetividade.

constitucional, mas da ciência jurídica em geral. Cossio (1954 *apud* SILVA, 2003, p. 63) bem acentua as discrepâncias doutrinárias quando diz que, para aludir à existência do Direito, os juristas recorrem a diversas palavras, como positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade, efetividade etc., tratando-as muitas vezes como sinônimas.

Superada essa questão terminológica, percebe-se, então, que Silva (2003, p. 81) ao propor a sua classificação, tentou dar um passo a mais na caracterização das normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia jurídica, que constitui a base de sua aplicabilidade. Para tanto, ele fez um retrospecto histórico mostrando a insuficiência da posição doutrinária norte americana e italiana, o que serviu de base para a análise demonstrativa e sustentação científica de sua teoria, como se observa a seguir.

3.1 DOCTRINA NORTE AMERICANA

Segundo Moraes (2003, p. 29) a origem formal do constitucionalismo está ligada à rígida Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, que surgiu após a Independência das 13 (treze) Colônias e também da França, de 1791, gestada a partir da Revolução Francesa. Ambas as constituições apresentam dois traços marcantes: a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais¹¹.

A Constituição Norte-americana é composta por 7 (sete) artigos e 27 (vinte e sete) Aditamentos (*Amendments*), que a modificam e a completam em alguns aspectos, tendo os aditamentos a mesma força jurídica dos artigos. A observação e a experiência mostram que se trata de uma Constituição simultaneamente rígida e elástica. Rígida, porque não pode ser alterada em moldes idênticos aos adotados para a feitura das leis ordinárias, e qualquer modificação requer um processo

¹¹ No entanto, Miranda (1997, p. 139-140) relata que muito embora a Constituição dos Estados Unidos da América date de 1787, o Direito constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Faz-se necessário lembrar dos *Covenants* e demais textos da época colonial (p.ex. *Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639), há ainda em nível de princípios e valores as Declarações da Independência e da Virgínia, bem como outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados.

complexo, com intervenção dos Estados. Elástica, porque, a partir do seu texto primitivo – na aparência, intacto – e dos aditamentos, tem podido ser concretizada, adaptada, vivificada (e até metamorfoseada), sobretudo pela ação dos tribunais (MIRANDA, 1997, p.140).

Grande parte das disposições que forma o constitucionalismo norte-americano está ainda contida em leis ordinárias, em precedentes estabelecidos pelo Executivo, em decisões judiciais e em costumes, bem como nas Constituições dos Estados federados. Logo, não representa tarefa fácil, nem simples conhecer o Direito constitucional dos Estados Unidos, até porque a própria Constituição de 1787, com as suas extensas secções, não é tão breve quanto, por vezes, se supõe e as Constituições dos Estados, além de diversificadas, são frequentemente longas e regulamentares (MIRANDA, 1997, p.140). Portanto, o foco desse trabalho não será a análise do direito constitucional norte-americano, mas sim a contribuição deste no que toca às classificações das normas constitucionais.

Para Silva (2003, p. 71) a jurisprudência norte-americana pretendeu distinguir as normas constitucionais em duas categorias: a) as *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais cujo cumprimento é obrigatório e inescusável, e; b) as *directory provisions* (prescrições diretórias), de carácter regulamentar, podendo o agente dispor de outro modo, sem que isso importasse na inconstitucionalidade de seu ato.

Cooley (1890, p. 93 *apud* SILVA, 2003, p. 71) criticou severamente essa doutrina dos tribunais acima exposta. Neste sentido, também Campos (1956, p. 392 *apud* SILVA, 2003, p. 72). Para este último, tal distinção é a mesma formulada, em outros termos, entre normas constitucionais formais e materiais, consideradas as primeiras como meramente diretórias, por não conterem matéria de natureza ou de essência constitucional, e as segundas como mandatórias por natureza, não por figurarem no instrumento da constituição, mas por serem essencial e substancialmente constitucionais. No entanto, no regime de constituição escrita e rígida, a distinção entre normas constitucionais em sentido material e formal, não faz sentido. Em tal regime, são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes na constituição, seja qual for o seu conteúdo ou natureza.

Assim, todas as normas de ordem constitucional, terão, igualmente, a mesma força, que lhes provém não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não podendo conceber que se reserve ao legislador o arbítrio de distingui-las, para o efeito de sua observância, em essenciais e em acessórias. Uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, portanto, de ordem substancial (CAMPOS, 1956, p. 392 *apud* SILVA, 2003, p. 72-73).

Não contente com a classificação supramencionada, Cooley propôs outra, tendo sido ele o pioneiro na classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade, distinguindo-as em: *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. Tal classificação foi traduzida por diversos autores, respectivamente como: disposições (normas, cláusulas) autoaplicáveis ou autoexecutáveis, ou aplicáveis por si mesmas, ou, ainda, bastantes em si, e disposições não autoaplicáveis, ou não autoexecutáveis, ou não executáveis por si mesmas, ou, ainda, não bastantes em si (SILVA, 2003, p. 73).

De acordo com Silva (2003, p. 73) tal distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral a serem convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. Para a mencionada doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam. Já normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias (SILVA, 2003, p. 74).

Nas palavras de Cooley (1890, p. 99-100 *apud* SILVA, 2003, p. 74):

Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.

O político e jurista brasileiro Ruy Barbosa foi o responsável por difundir a teoria norte-americana no Brasil, por meio de sua obra de 1933 *Comentários à Constituição Federal brasileira* (SILVA, 2003, p. 74). Barbosa (1933, p. 489), de certa forma critica o modelo proposto por Cooley, principalmente no tocante às normas constitucionais não auto-executáveis, pois, para ele, todas as normas constitucionais têm força imperativa de regras. Nessa esteira cabe também Silva (2003, p. 76), para quem cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma dessas normas. Desse modo, não se pode afirmar que há norma constitucional de todo ineficaz, porque todas são de modo unívoco constitucionalmente cogentes em relação a seus destinatários.

Outra crítica ao modelo de Cooley foi proposta por Teixeira (1991 *apud* SILVA, 2003, p. 76), que acredita que a teoria clássica norte-americana não destaca a importância nem das normas programáticas – que revelam o novo caráter das constituições contemporâneas e que precisam ser estudadas quanto aos seus variados efeitos jurídicos – nem das demais normas principiológicas, que constam nas cartas políticas do mundo atual, consagrando novos valores e reclamando a realização de outros ideais na vida política e social.

Por isso, fez-se necessária a reelaboração doutrinária da matéria, aproveitando-se do ensinamento da clássica teoria das normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, dando-lhe, porém, formulação mais adequada àqueles novos conteúdos das constituições contemporâneas, mais voltadas para a efetivação de valores sociais, ainda que imprecisamente (TEIXEIRA, 1991 *apud* SILVA, 2003, p. 76-77). Destaca-se a partir de então a doutrina italiana, surgida de embates jurisprudenciais advindos da promulgação da Constituição italiana de 1948 (SILVA, 2003, p. 77-78), conforme se observa a seguir.

3.2 DOCTRINA ITALIANA

A Constituição italiana entrou em vigor no dia primeiro de janeiro de 1948. Já

no dia dezenove do mesmo mês e ano, o Tribunal Penal de Roma proferiu uma decisão que suscitou importantes problemas no tocante à eficácia jurídica e à aplicabilidade das normas constitucionais e pôs em questão as relações destas com as leis precedentes. A resolução daquela Corte firmou o princípio geral de que uma norma da Constituição tem a eficácia de revogar tacitamente as disposições de lei que sejam com ela incompatíveis. O julgado, contudo, não enfrentou outros problemas que as normas constitucionais provocam relativamente à sua eficácia e aplicabilidade, mas os tangenciou, dando margem a que a doutrina os pusesse na pauta dos debates (SILVA, 2003, p. 78). E, logo vieram outros julgados que puseram em xeque o valor, a natureza e os efeitos jurídicos das normas constitucionais, contribuindo para a construção de uma teoria que classifica tais normas em categorias, com valor e eficácia diversos (SILVA, 2003, p. 78).

Assim sendo, duas teses foram levantadas por parte da doutrina italiana. A primeira consistiu na classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia, em preceptivas e diretivas, semelhante àquela distinção das normas em mandatórias e diretórias da doutrina norte-americana, já ultrapassada, conforme visto. A segunda consistiu na distinção das normas constitucionais em programáticas e de natureza jurídica, o que equivale, conseqüentemente, a negar juridicidade às primeiras. Essa tese foi acolhida por Azzariti (1951 *apud* SILVA, 2003, p. 79) que sustentou que tais normas puramente diretivas (programáticas) se limitam a indicar uma via ao legislador futuro, não sendo nem mesmo verdadeiras normas jurídicas, negando-lhes qualquer eficácia. A maioria dos autores, porém, tece severas críticas a essa teoria, e seria mesmo de estranhar que houvesse numa constituição rígida – instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade – normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de estarem inscritas em uma Constituição, atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo (SILVA, 2003, p. 79).

Segundo Silva (2003, p. 80), não há como negar que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diverso umas das outras, mas isso não autorizaria recusar-lhes juridicidade. Pois, para o referido autor, todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico ou programático.

Isto posto, percebe-se que as primeiras teorias italianas não lograram êxito e foram superadas, merecendo destaque a posição de Vezio Crisafulli (1952 *apud* SILVA, 2003, p. 80), que refutou a classificação proposta por Azzariti e que juntamente com a jurisprudência e outros doutrinadores italianos formulou uma classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e 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 de aplicabilidade não imediata.

Silva (2003, p. 80) conceitua cada uma dessas normas. As normas programáticas seriam aquelas que dão somente diretivas ao legislador futuro, não contendo qualquer preceito concreto, elas não atingem as leis preexistentes e não excluem de modo absoluto a possibilidade de que sejam emanadas leis não conforme aos seus ditames. Já as normas preceptivas de aplicabilidade imediata contêm comandos jurídicos de aplicação direta e imediata, invalidam qualquer lei nova discordante e modificam ou ab-rogam as anteriores que com elas contrastem. Por fim, as normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas, não imediata, estas invalidam também novas leis infringentes porque requerem outras normas jurídicas integrativas, mas, enquanto a sua aplicação permanecer suspensa, não atingirão a eficácia das leis anteriores.

Dando início à nova reflexão acerca da aplicabilidade das normas constitucionais e, afastando ao anteriormente proposto, Silva (2003, p. 81), mais uma vez critica o posicionamento da doutrina italiana, *in verbis*:

Essa classificação e sua terminologia são falsas e inaceitáveis, pela própria improcedência das premissas em que assentam, pois fundamentam-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas, que já criticamos. Normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas. Em sentido geral, já demonstramos, com base na melhor doutrina, que todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Mostraremos, ainda, que as chamadas normas programáticas, tidas pela doutrina supra como diretivas e ineficazes, exercem relevante função na ordenação jurídica do país e têm efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só aos legisladores, como não raro se afirma.

Assim, esse breve esboço das principais teorias norte-americanas e italianas acerca da aplicabilidade das normas constitucionais proporciona um maior

embasamento para a compreensão daquilo que a doutrina brasileira, em especial os escritos de José Afonso da Silva propõem e desenvolvem nesta esfera.

3.3 A CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Dias Junior (2012, p. 147) expõe que muitos autores pátrios vêm se dedicando ao estudo da eficácia jurídica das normas constitucionais, tendo surgido ao longo das últimas décadas diversas classificações¹². Muito embora haja essa diversidade de opções, a presente pesquisa se utilizará da classificação proposta por José Afonso da Silva, buscando analisar as normas constitucionais

12 Como exemplo de classificações das normas constitucionais, pode-se citar a de Maria Helena Diniz e Luís Roberto Barroso. Diniz (2001, p. 109-116) propõe sua classificação da seguinte forma: a) normas com eficácia absoluta; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia restringível d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação. *As normas constitucionais com eficácia absoluta* são as intangíveis ou imodificáveis, sendo, contra elas, inoperante o próprio poder de emenda do legislador constitucional reformador. Daí conterem verdadeira força paralisante de qualquer legislação que vier a contrariá-las. *Normas constitucionais com eficácia plena* são aquelas que são idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, tendo em vista conterem todos os elementos necessários para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos. Esta categoria de normas não necessita de ulterior legislação, podendo ser imediatamente aplicada. Diferenciam-se das normas constitucionais absolutas por serem passíveis de emenda pelo legislador constitucional derivado. *As normas constitucionais restringíveis ou redutíveis* correspondem às normas constitucionais de eficácia contida da classificação de José Afonso da Silva. São, pois, aquelas de aplicabilidade plena ou imediata, que podem ter sua eficácia reduzida pela atividade legislativa ou administrativa infraconstitucional, consoante a própria previsão delineada no bojo da constituição. Já as *normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa* são aquelas de aplicação mediata, dependentes, assim, de normação ulterior que lhes desenvolva sua plena eficácia. Para a autora, tal qual José Afonso da Silva, esta categoria de normas se bifurca em normas de princípio institutivo e as normas programáticas. As primeiras são aquelas que requerem que o legislador estabeleça, mediante normatização posterior, esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, para que tenham aplicabilidade plena ou imediata. Por sua vez, as normas constitucionais programáticas são aquelas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nelas consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos como programas das respectivas atividades. Já Barroso (2006, p. 89-118) elabora sua classificação dividindo, em síntese, as normas constitucionais em três grupos: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos e c) normas constitucionais programáticas. As normas constitucionais de organização – também ditas normas de competência - são as que se destinam à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, assim como à identificação e aplicação de outros atos normativos. Já as normas constitucionais definidoras de direito são aquelas que ensejam – para os respectivos titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações tanto positivas quanto negativas. Estas prestações são exigíveis do Estado ou de outros destinatários da norma, ensejando, em caso de descumprimento, a possibilidade de cumprimento coativo por meio de ação judicial. No que tange às normas constitucionais programáticas, pontifica serem aquelas que traçam fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade, sem, contudo, especificar as condutas a serem seguidas para o atingimento do fim almejado.

programáticas de forma mais específica, mas não sobre a perspectiva de sua eficácia jurídica e sim quanto a sua efetividade, e é por esse motivo que o estudo de tais normas merecerá um pouco mais de atenção, sendo complementado em tópico próprio.

Silva (2003, p. 81-82) parte da premissa, já tantas vezes enunciada de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente. 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 normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Se todas as normas constitucionais têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica e se ater à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. Visto isso, Silva (2003, p. 82) chegou à ilação de que seria insuficiente separá-las apenas em dois grupos, a saber: 1) normas constitucionais de eficácia plena, que seriam aquelas de imediata aplicação, e; 2) normas constitucionais de eficácia limitada, distinguindo-se estas, ainda, em: a) normas de legislação e b) normas programáticas. Essa classificação consideraria as normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, que mencionam uma legislação futura para regulamentar seus limites como normas de legislação. Portanto, seria necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Assim, em vez de dividir as normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, nos dois grupos acima mencionados, Silva (2003, p. 82) achou mais adequado considerá-las sob uma tríplice característica, discriminando-as em três categorias quanto ao grau de seus efeitos jurídicos, quais sejam: normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida, que serão detalhadas a seguir.

3.3.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Segundo Silva (2003, p. 101) as normas constitucionais de eficácia plena estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se predominantemente entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais. São aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamento e situações que o legislador constituinte direta e normativamente quis regular. Elas incidem sobre os interesses que o constituinte quis dar expressão normativa e são de aplicabilidade imediata porque são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa que elas serão aplicadas pelo simples fato de serem normas jurídicas que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos (SILVA, 2003, p. 101-102).

No entanto, Silva (2003, p. 98-99) revela não ser possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Mas seria possível fixar regras gerais sobre o assunto, no que as conclusões da clássica doutrina norte-americana seriam de grande valia. Segundo essa doutrina, uma norma constitucional é autoaplicável, correspondente, *mutatis mutandis* às de eficácia plena, quando é completa no que determina, não precisando do auxílio supletivo da lei para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime. Neste sentido, será completa a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Pois, como as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria, quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados (SILVA, 2003, p. 99).

Isto posto, Silva (2003, p. 101) estabelece que são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contêm vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que atribuam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução, e; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

A Constituição Federal brasileira de 1988 revelou acentuada tendência para deixar ao legislador ordinário a integração e complementação de suas normas. No entanto, uma simples análise mostra que a maioria de seus dispositivos acolhe normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. Muitas dessas normas se apresentam em forma de mera autorização ou estatuição de simples faculdade como as que definem competências de entidades federativas ou de órgãos de governo. Sob essa aparência implicam, por um lado, a proibição de outras entidades ou órgãos exercerem aquelas atribuições e; por outro lado, impõem ao titular da competência uma conduta na forma prevista¹³ (SILVA, 2003, p. 88-89).

Hodiernamente, a orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio ideológico. Com isso, torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais estabelecidos nas constituições (SILVA, 2003, p. 88).

3.3.2 Normas constitucionais de eficácia contida

Os constitucionalistas, que se ocuparam mais largamente com a definição da eficácia das normas constitucionais, não destacaram em suas classificações, as normas de eficácia contida. Muitas dessas normas fazem menção a uma legislação

¹³ A título de ilustração, tomando por base a Constituição Federal de 1988, podem ser citados como exemplos de normas de eficácia plena: arts. 21 (competência da União), 25 a 30 (competência dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (competências tributárias), 48 e 49, 50 e 51, 70 e 71, 84 e 101 a 122 (atribuições dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário).

futura, motivo pelo qual alguns as incluem entre as normas de eficácia limitada, que não as programáticas, ou seja, aquelas que Crisafulli (1952) denomina normas de legislação (SILVA, 2003, p. 103). Para Silva (2003, p. 103) isso seria um equívoco, uma vez que o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. Pois, com relação às normas de eficácia contida, a legislação futura, antes de completá-las a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico. Acresce ainda, que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como: ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente etc. (SILVA, 2003, p. 103-104).

Isso implica no surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, apesar de se parecerem com as normas de eficácia plena sob o aspecto da aplicabilidade, pois são de aplicabilidade imediata, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios, e, porque, apesar de se assemelharem às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade, tendo a intervenção do legislador sentido exatamente contrário, a saber: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo, como se dá com as normas de eficácia limitada (SILVA, 2003, p. 104).

Sendo assim, Silva (2003, p. 104-105) enumera as peculiaridades das normas de eficácia contida da seguinte forma:

I - São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.

II - Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva.

III - São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam.

IV - Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.

V - Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).

Percebe-se, então, na Constituição Federal brasileira de 1988 a ocorrência das normas de eficácia contida especialmente entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais, porém, salienta-se que essas normas também despontam em outros contextos¹⁴ (SILVA, 2003, p. 105). Em suma, as normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público. Portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos dos conceitos gerais nelas enunciados. São normas de aplicabilidade imediata e direta, cuja eficácia independe da interferência do legislador ordinário, não ficando, portanto, a sua aplicabilidade condicionada a uma normação ulterior, mas sim dependente dos limites (daí eficácia contida) que ulteriormente sejam estabelecidos mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (SILVA, 2003, p. 116).

3.3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida

Consoante Silva (2003, p. 83), as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque em geral só alcançam aplicabilidade total após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, muito embora tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais.

Observa-se, pela leitura das constituições contemporâneas, que as normas

14 São exemplos de normas de eficácia contida, previstas na Carta de 1988: art. 5º, incisos VIII e XIII (legislação restritiva); arts. 14, § 9º; 136 (estado de defesa); e 141 (estado de sítio) (normas constitucionais de contenção da eficácia de outras); art. 5º, incisos XXIV e XXV (necessidade ou utilidade pública, interesse social ou econômico, perigo público iminente); arts. 144; 5º, XI; 91, caput e § 1º, III; 142; e 34, I (segurança pública, segurança nacional e integridade nacional).

de eficácia limitada apresentam categorias distintas. Há aquelas que dependem de legislação (a lei disporá..., regulará... etc.), caso em que o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. E, há outras que não remetem à lei, estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de desenvolvê-los, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados (SILVA, 2003, p. 83-84).

Baseada nessas circunstâncias, a doutrina estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos: a) normas programáticas, que versam sobre matéria eminentemente ético-social, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.), e; b) normas de legislação, que não têm conteúdo ético-social, mas se inserem na parte organizativa da constituição (SILVA, 2003, p. 84).

Silva (2003, p. 84-85) reconhece a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o grau de aplicabilidade de cada uma dessas normas. Para ele essa terminologia não corresponde à realidade, pois não são apenas as normas de legislação que dependem de lei ulterior, há normas programáticas que também são de legislação, porque remetem à lei para a sua incidência. Ademais, há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais, que se enquadram nas normas de eficácia contida, já estudadas. Por isso, pode-se dizer que esse critério da legislação futura se mostra falho.

Fazendo essa ressalva, Silva (2003, p. 86) estabelece a sua classificação das normas de eficácia limitada, dividindo-as em “normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos” e “declaratórias de princípio programático”. Neste tópico serão apresentadas as características das normas de princípios institutivos deixando para o próximo o estudo das normas programáticas.

De início, impende salientar que a palavra "princípio" admite vários sentidos. Quando se fala em normas definidoras de princípio institutivo, a palavra "princípio" se apresenta na acepção própria de começo ou início, isto é, são normas que

contêm o início ou esquema de determinado órgão, entidade ou instituição, deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária (SILVA, 2003, p. 119).

Ao abordar tais normas não-programáticas, dependentes de legislação, Silva (2003, p. 122-123) verificou que elas são de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Todavia, elas não são destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.

Para distingui-las das normas programáticas, Silva (2003, p. 123) as designou como normas de princípio institutivo, porque contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo. Para ele, tal denominação não é perfeita, mas a seu ver qualquer outra seria ainda mais deficiente.

Essas normas surgem porque o legislador constituinte reconhece a conveniência de disciplinar certa matéria relativamente à organização de instituições constitucionais, mas, ao mesmo tempo, por razões várias, limita-se a traçar esquemas gerais sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na própria Constituição (SILVA, 2003, p. 125-126). Silva (2003, p. 126-127) observou ainda que as normas constitucionais de princípio institutivo, no que toca à necessidade de elaboração de legislação futura, podem ser impositivas ou facultativas: impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa¹⁵; já as facultativas ou permissivas não impõem uma obrigação, limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada¹⁶.

15 Alguns exemplos desse tipo de norma encontrados na CF/88 são: art. 32, § 4º (Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar), art. 33 (A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios), art. 88 (A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública) e art. 91, § 2º (A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional).

16 Como exemplo desse tipo de norma, pode-se citar os seguintes artigos da CF/88: art. 22,

Assim, as normas impositivas estatuem obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para os fins previstos, enquanto que, as normas facultativas apenas lhe atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente, do que deflui, para ele, discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação, mas, uma vez tomada a iniciativa, a regra constitucional é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela consignados (SILVA, 2003, p. 128).

Em suma, as normas de princípio institutivo seriam aquelas por meio das quais o constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture, em definitivo, mediante lei. Elas indicam, assim, uma legislação futura a fim de que lhes complete a eficácia e lhes dê aplicação efetiva (SILVA, 2003, p. 126).

3.4 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

O embate entre o liberalismo e o intervencionismo repercutiu nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais e com suas 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. Vem daí o conceito de constituição dirigente¹⁷ de que a Constituição de 1988 é exemplo, pois, não raro,

parágrafo único (Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo), art. 125, § 3º (A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes), art. 195, § 4º (A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I), art. 154, I (A União poderá instituir: I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição) e art. 25, § 3º (Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum).

17 A Teoria da Constituição Dirigente foi desenvolvida por Canotilho em estudo em que abordou a vinculação do legislador como consequência do caráter projetante para o futuro e que põe a realidade como tarefa a partir da sistemática da Constituição portuguesa de 1976, analisando as formas de direção, o desvio do Poder Legislativo, a natureza da função legislativa e amplitude da liberdade de conformação, que não se confundiria com a discricionariedade, pois a atividade legiferante não apenas se destina a executar a constituição, podendo atuar na qualificação do

define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela 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 (SILVA, 2003, p. 136-137).

Ao observar as Constituições brasileiras anteriores, verifica-se que elas não ficaram alheias a esse movimento socializador, desde a Constituição de 1934 já se verificava no texto constitucional pátrio a existência de normas de cunho social influenciadas pela Constituição de Weimar de 1919. As demais Constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1969 seguiram, pouco mais ou menos, a Constituição de 1934, nesse assunto. A atual deu um largo passo no sentido da democracia social, revelando-se, do ponto de vista dos fins sociais do Estado, mais progressista do que as anteriores (SILVA, 2003, p. 146).

No que toca à função social das Constituições anteriores, Silva (2003, p. 146) critica um trecho da obra de Fábio Lucas (1959), "Conteúdo social nas Constituições brasileiras". Pois, este último ao comparar as Constituições de 1946 e 1934, quanto a seu conteúdo social, identificou que o espírito era o mesmo e a inocuidade das medidas sociais prometidas através das normas programáticas era idêntica. Prometiam-se o inalcançável, mas tão só naqueles artigos sem força mandamental, que funcionavam apenas como vaga aspiração e que, na verdade, não passavam de meros aforismos, meras frases de bom senso, inteiramente desprotegidos de providências legais que lhes dessem execução. Silva (2003, p. 146) rebate esse posicionamento porque, para ele, as normas programáticas não são meros aforismos ou simples aspirações vagas, pois não deixam de ter influência na ordem jurídica e no condicionamento do regime político.

Segundo Silva (2003, p. 137) o problema das normas constitucionais de princípio programático começa com as dificuldades em lhes dar um conceito preciso. Para o referido autor, as normas programáticas são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direto e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos

interesse público, sendo festejado pela maioria da doutrina constitucionalista e expandindo as suas concepções teóricas e dogmáticas além das fronteiras lusitanas (DANTAS, 2005, p. 57).

pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2003, p. 138).

De acordo com Pontes de Miranda (1969, p. 126-127 *apud* SILVA, 2003, p. 137):

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Crisafulli (1952 *apud* SILVA, 2003, p. 137-138), que estudou as normas programáticas em sucessivos ensaios, foi, paulatinamente, construindo o seu conceito, com base na Constituição italiana. Para ele, inicialmente, elas constituíam um verdadeiro programa de ação, um programa tendo como objeto principal a disciplina das relações sociais, e, mais em geral, da ordenação da sociedade estatal. Em um segundo momento, definiu as normas programáticas como aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos legislativos de direção política e administrativa, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades. Por fim, estabeleceu que eram normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações, regulavam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabeleciam aquilo que os governantes deveriam ou poderiam fazer (e, inversamente, aquilo que não poderiam fazer) relativamente aos assuntos determinados. Distingue ele as normas programáticas em dois grupos: a) normas programáticas de simples escopo, que prescrevem aos órgãos estatais certo fim mais ou menos específico a alcançar, cabendo aos próprios órgãos a liberdade de adotar os meios que julgarem mais idôneos nesse sentido; e, b) normas programáticas que, ao prescreverem o fim a atingir indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa.

Avançando nos estudos das normas programáticas, cabe destacar que elas não se confundem com os princípios constitucionais. 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. Já os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais (SILVA, 2003, p. 142).

Assim como os princípios se mostram vitais para a consolidação dos direitos e garantias constitucionais, admite-se que é crescente a importância das normas programáticas, 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, 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 uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁸ (SILVA, 2003, p. 141).

Não é fácil realizar a justiça social num sistema em que predomina a concentração de renda, porque ela só se concretizará mediante a equitativa distribuição da riqueza nacional, pois um regime de justiça social é aquele em que cada um pode dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Isto posto, percebe-se que o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a efetividade necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades

18 Como exemplo de normas programáticas desse tipo há os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 que prescrevem o caminho para as ordens econômica e social, *in verbis*: Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#)) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995](#)); Art. 193 - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

garantidas. Então, pode-se até dizer que não só nas constituições anteriores, cujo conteúdo social não era expressivo, a promessa de realização da justiça social não se efetivou na prática, pois sob a égide da Constituição de 1988 essa tal justiça ainda não se verifica. Apesar desse relativo “insucesso” da Constituição de 1988, esta se mostra mais incisiva ao 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 capitalismo concebido há de humanizar-se. E, traz, por outro lado, mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Assim, tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos (SILVA, 2003, p. 141-142).

Por isso, a relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas. Silva (2003, p. 138-139) revela três razões para isso: 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 é que indicam os fins e objetivos do Estado, definindo o sentido geral da ordem jurídica.

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, concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática (SILVA, 2003, p. 140).

Após todas essas considerações, já se torna possível indicar as normas de princípio programático da Constituição de 1988, notando-se que, embora elas se concentrem nos Títulos VII e VIII, delas há exemplos em outros lugares, muitas vezes aparecendo conjuntamente com regras de eficácia plena ou com aquelas de princípios institutivos¹⁹ (SILVA, 2003, p. 146).

¹⁹ Silva (2003, p. 147-151) cita inúmeros exemplos de normas constitucionais programática separando-os em três categorias: I - Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade

Cabe destacar que dentre essas normas programáticas, há aquelas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam. Isso tem importância, porque vincula os programas das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade, ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público, e abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição, nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento. Há ainda as normas que postulam observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente (SILVA, 2003, p. 147).

Sendo assim, percebe-se que, apesar de serem classificadas como normas de eficácia limitada, possuem as normas programáticas, em determinadas situações, eficácia imediata, direta e vinculante, conforme mencionado por Silva (2003, p. 164), que enumera os seguintes casos em que tais efeitos são possíveis: a) quando estabelecem as ditas normas um dever para o legislador ordinário; b) quando condicionam o trabalho legislativo futuro, sancionando com a inconstitucionalidade as leis e atos editados em confronto com os seus preceitos; c) ao disporem sobre os fins sociais e à proteção da justiça social, informando a concepção do Estado e da sociedade e inspirando sua ordenação jurídica; d) quando servem de norte para a integração e aplicação das demais normas constitucionais; e) ao condicionarem a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) ao criarem situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Isto posto, pode-se inferir que as normas constitucionais programática, cuja implementação exigiria do Estado uma atuação positiva, não são desprovidas de funcionalidade, mas são marcadas pelo predomínio da função simbólica, em detrimento da função jurídico instrumental. Logo, o direito é conferido, mas sem uma regulamentação suficiente para que possa ser autoexecutável. Assim sendo, ao se analisar as normas constitucionais programáticas, percebe-se uma relação com o problema da constitucionalização simbólica. No entanto, Neves (2011, p. 115-116) afirma que não se deve atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático tendo em

(art. 7º, XI, XX, XVII; art. 216, §3º; etc.); II – Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos (art. 215, caput e §3º; arts. 217 e 218; etc.); III – Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral (arts. 170 e 193 – conforme verificado na nota anterior).

vista que para que tais normas sejam efetivadas fazem-se necessárias as possibilidades estruturais de sua realização. No entanto, não se pode negar que o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional se apresenta de forma mais marcante através desse tipo de norma, conforme será visto no capítulo 4 que se segue.

3.5 CRÍTICAS À CLASSIFICAÇÃO DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Reconhecendo que nenhuma teoria, por mais abrangente e bem estruturada que seja não contempla toda a realidade, uma vez que esta não é estática, faz-se a partir daqui um contraponto às ideias de José Afonso da Silva. O próprio Silva (2003, p. 14-15), já na introdução de seu livro relata que sua teoria foi alvo de críticas e que em momento oportuno iria refutá-las. Menciona as críticas de Marçal Justen Filho, para o qual o conceito de eficácia jurídica permaneceu obscuro e inútil; de Celso Bastos e Carlos Ayres de Brito, que embora reconhecessem o caráter científico de sua teoria, propuseram uma nova classificação que achavam ser mais adequada; e de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que negava a cientificidade da sua teoria.

Estes não foram os únicos a criticar a classificação proposta por Silva. Outro crítico da referida classificação trinitária, foi Virgílio Afonso da Silva que ao discutir sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais chegou até a afirmar que a principal classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia seria aquela que as distingue em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, portanto, seria a classificação proposta por José Afonso da Silva. Mas que, no entanto, essa forma de classificar as normas constitucionais seria incompatível com o modelo e com os pressupostos por ele defendidos. Em linhas gerais, isso ocorreu porque a classificação de Silva é baseada em duas dicotomias que são por Virgílio rejeitadas: (1) A primeira delas é aquela entre as normas que não podem e as que podem ser restringidas (normas de eficácia plena vs. normas de eficácia contida); (2) A segunda é a distinção entre as normas que não necessitam e as que necessitam de regulamentação ou desenvolvimento infraconstitucional (normas de eficácia plena vs. normas de eficácia limitada) (SILVA, 2006, p. 26).

Outro ponto bastante criticado no que toca à classificação trinitária das normas constitucionais de José Afonso da Silva, é justamente a não abordagem da eficácia social. Silva (2003, p. 13) se defende dizendo que a sua teoria se propõe a estudar a aplicabilidade das normas constitucionais que se traduz na possibilidade destas produzirem efeitos jurídicos, ele não se interessa em saber se as normas efetivamente produzirão tais efeitos porque isso corresponderia a uma perspectiva sociológica, ficando seu estudo restrito ao campo da ciência jurídica e não ao da sociologia.

Ainda que haja esse argumento, não se pode negar que o grande “gargalo” da teoria de José Afonso da Silva refere-se precisamente às normas de eficácia limitada, aqui incluídas as chamadas normas programáticas. Pois, no caso dessas normas, sua eficácia, como o próprio nome indica, estaria limitada à edição da lei nela prevista ou da atuação de um agente público. Se essa lei não for editada nunca ou nenhuma atitude for tomada, a norma constitucional não produzirá os efeitos previstos. Assim, a norma constitucional seria dirigida exclusivamente para o legislador ou para o agente responsável por concretizar os planos e programas nelas indicados. É óbvio que esse entendimento não pode prevalecer, sob pena de tornar a efetividade da Constituição “refém” da vontade destes, ou seja, eles teriam mais poder do que o próprio legislador constituinte (LIMA, 2004).

E é isso que o presente trabalho pretende analisar, que nos dias atuais em que deve prevalecer a concepção da máxima efetividade da constituição, não se deve atribuir a parca eficácia social das normas constitucionais programáticas tão somente a seu conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, deve-se vislumbrar além, como o problema da constitucionalização simbólica estudado a seguir.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Em seu livro “A constitucionalização simbólica”, Neves (2011, p. 1) relata que pretendeu abordar os significados social e político dos textos constitucionais na relação inversa da sua concretização normativo jurídica. Ele buscou revelar a discrepância entre a função hipertroficamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais. Para isso, pressupôs, por um lado, a distinção entre texto e norma constitucionais, e por outro lado, procurou analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz. Nessa perspectiva, discutiu a função simbólica de textos constitucionais carentes de concretização normativo-jurídica.

Ele inicia o seu trabalho tratando da questão terminológica dos vocábulos símbolo, simbólico e simbolismo, buscando auxílio nas teorias de diversos autores e até mesmo de outras searas do conhecimento humano, como a psicanálise, para determinar em que sentido o termo adjetivador é empregado quando se fala em “legislação simbólica” ou “constitucionalização simbólica”.

Essa discussão inicial serve de base para o desenvolvimento de sua teoria que começa tratando da legislação simbólica para depois adentrar no foco principal que é o debate acerca da constitucionalização simbólica. Neste ínterim, ele perpassa por diversos conceitos, muitos deles com alto grau de complexidade, abordando temas como política simbólica e direito simbólico até chegar à conceituação de legislação e constitucionalização simbólicas.

Ao tratar da política simbólica, Neves (2011, p. 23-25) buscou subsídios na obra de Edelman (1957 *apud* NEVES, 2011, p. 24), para quem a política simbólica seria orientada por símbolos-condensação apresentados abstratamente à maioria dos homens. Assim sendo, para a massa da população a política constituiria antes de tudo uma esfera de ações e vivências simbólicas. Com isso, os atos políticos simbolizariam para a massa dos espectadores tanto tranquilização quanto ameaça, mas a política simbólica serviria antes à harmonia social, reduzindo as tensões e, portanto, desempenhando primariamente uma função de tranquilização do público.

No âmbito da noção abrangente de política simbólica, desenvolveu-se especificamente a concepção de "direito como simbolismo". Segundo Neves (2011, p. 25-26), Arnold (1971) foi o pioneiro no enfrentamento dessa questão, tendo atribuído a todo o direito uma função primariamente simbólica. Para este último, o direito é concebido como uma maneira de referir-se às instituições governamentais "em termos ideais", em vez de concebê-las realístico objetivamente. Nesse sentido, ressalta-se que é parte da função do direito reconhecer ideais que representam o oposto exato da conduta estabelecida, desenvolvendo-se assim um complicado "mundo onírico". Essa função simbólica do direito seria predominante sobreposta à sua função instrumental. Embora possa levar tanto à obediência quanto à revolta ou à revolução, a crença no "reino do direito" teria comumente a função de produzir a aceitação do *status quo*. Inclusive a ciência do direito estaria incluída nesse mundo onírico, servindo para encobrir-lhe as contradições e a irracionalidade, apresentando-lhe retoricamente como um mundo governado pela razão, sem contradições.

Neves (2011, p. 27-31) utilizando-se dos conceitos acima, buscou construir a sua conceituação de legislação simbólica, que não se refere, em princípio, a formas ritualísticas e míticas, uma vez que o que vai distinguir a legislação simbólica não é o ritualismo ou o mítico, mas sim a prevalência do seu significado "político-ideológico" latente em detrimento do seu sentido "normativo-jurídico" aparente. Desta forma, considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo jurídico. Neves (2011, p. 31) não concebe a legislação simbólica em termos do modelo simplificador que a explica ou a define a partir das intenções do legislador. Entretanto, para ele, quando o legislador se restringe a formular uma pretensão de produzir normas, sem tomar qualquer providência no sentido de criar os pressupostos para a eficácia, apesar de estar em condições de criá-los, há indício de legislação simbólica.

A constitucionalização simbólica, por sua vez, vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material.

Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico, apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infraconstitucionais, representa o processo mais abrangente de normatização no interior do Direito positivo (NEVES, 2011, p. 99).

Neves avança na construção de sua tese e para tanto bebeu na fonte de vários autores como Jürgen Habermas (1929), Karl Loewenstein (1891-1973), Günther Teubner (1944), Friedrich Müller (1990), Peter Häberle (1980), merecendo destaque Niklas Luhmann (1983, 1990) com a sua teoria dos sistemas. Para este último, verdade, amor, propriedade, dinheiro, poder, direito, arte, crença religiosa e “valores fundamentais” constituem exemplos de meios de comunicação simbolicamente generalizados. Assim sendo, dentro de situações sociais altamente complexas e contingentes, tais meios simbolicamente generalizados de comunicação possibilitariam a continuidade da comunicação, na medida em que vão sendo diferenciados conforme códigos binários, distinguindo-se, assim, da linguagem natural não especializada, para dar lugar então a linguagem especializada da ciência, do direito, da política, da economia, da arte etc. (NEVES, 2011, p. 19-20).

Luhmann (1990, p. 193 *apud* NEVES, 2011, p. 65-66) passa a definir a Constituição como “acoplamento estrutural” entre política e direito. Nesse sentido, a Constituição se apresenta como uma via de “prestações” recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. No entanto, ao olhar para a sociedade atual, verifica-se que não se trata de um relacionamento qualquer entre o direito e o poder, mas sim, constata-se que nos Estados contemporâneos a relação entre poder e direito é hierárquica, caracterizando-se pela subordinação do jurídico ao político. Em linguagem da teoria dos sistemas, isso significa a subordinação explícita do código-diferença “lícito/ilícito” (do direito) ao código-diferença “poder/não-poder” (da política).

Essa hierarquização compromete o uso da teoria dos sistemas em sua forma

original conforme proposta por Luhmann, uma vez que ele entende o direito como um sistema autopoiético em que o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao ambiente, de forma a constituir um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto (NEVES, 2011, p. 136). Dessa forma, o direito deveria ser visto como um sistema autônomo que até poderia sofrer influências dos códigos de outros sistemas, mas não deveria ter sobreposto o código-diferença “lícito/ilícito”. No entanto, Neves (2011, p. 146) verificou que em países periféricos, como o Brasil, isso não ocorre, ele propõe a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código “lícito/ilícito”, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito, sustenta, então, o referido autor, a existência da *alopoiese* do direito²⁰.

O conceito luhmanniano de positivação ou positividade, indica que o direito seria um sistema operacionalmente autodeterminado. Com isso, relaciona-se a hipótese de que ao processo histórico da positivação corresponde o surgimento da Constituição no sentido moderno, isto é, a diferenciação interna do Direito Constitucional no sistema jurídico. A positividade como o fato de o Direito autodeterminar-se implica a exclusão de qualquer supradeterminação direta do Direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc. Diante disso, a relação entre sistema jurídico e sistema político seria horizontal-funcional, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem os seus fundamentos políticos e morais globalizantes, o sistema jurídico precisaria de critérios internos não apenas para a aplicação jurídica concreta, mas também para o estabelecimento de normas jurídicas gerais. Esse papel é atribuído ao Direito Constitucional. Assim sendo, a Constituição seria a forma com a qual o sistema jurídico reage à própria autonomia (NEVES, 2011, p. 69-70).

A uma legislação ilimitada, que tem como consequência a quebra da *autopoiese* do sistema jurídico, isto é, a *alopoiese* da reprodução da comunicação jurídica, opõe-se a forma *interna* de hierarquização através da validade supralegal do Direito Constitucional. A validade e o sentido do Direito Constitucional dependem

²⁰ Esse assunto será melhor debatido no tópico 4.4 (p. 65) deste trabalho, que trata da constitucionalização simbólica como *alopoiese* do sistema jurídico.

da atividade legislativa e da aplicação concreta do Direito. A interna hierarquização Constituição/Lei atua como condição da reprodução autopoiética do Direito moderno, serviria, portanto, ao seu fechamento normativo, operacional (NEVES, 2011, p. 70). Nesse sentido, enfatiza Luhmann (1990, p. 187 *apud* NEVES, 2011, p. 71) que “a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema”.

De acordo com o enfoque da teoria dos sistemas a Constituição desempenha uma função moduladora para o Direito positivo como subsistema da sociedade moderna, caracterizada pela super complexidade. Impede que o sistema jurídico seja bloqueado pelas mais diversas e contraditórias expectativas de comportamento que se desenvolvem no seu meio ambiente. Essa função moduladora é possível somente através da adoção do “princípio da não-identificação”. Para a Constituição isso significa a não-identificação com concepções globais de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológicos. A identificação da Constituição com uma dessas concepções viria bloquear o sistema jurídico, de tal maneira que ele não poderia produzir uma complexidade interna adequada ao seu ambiente hipercomplexo (NEVES, 2011, p. 72-73).

No entanto, na modernidade periférica, mesmo com a tentativa da adoção pela Constituição do tal “princípio da não-identificação”, Neves (2011, p. 173) revela que há um problema estrutural desde o seu surgimento, vinculado primariamente à insuficiente autonomia operacional dos sistemas jurídico e político, bloqueados externamente por injunções de critérios dos demais sistemas sociais, principalmente do econômico. Na linguagem da teoria dos sistemas, os mecanismos de filtragem seletiva do Direito positivo e do sistema político não funcionam adequadamente em relação às injunções bloqueantes do código binário “*ter*” ou “*não-ter*” (econômico), como também do código do amor, da religião, da amizade etc. Internamente, por sua vez, não há um funcionamento adequado da Constituição como “vínculo estrutural” entre Direito e política, ou seja, como mecanismo de interpenetração e interferência de dois sistemas autônomos, antes um bloqueamento recíproco, principalmente no sentido da politização do sistema jurídico. Direito e política constituem, portanto, sistemas *alopoieticamente* determinados, na medida em que não se reproduzem

operacionalmente por diferenças, critérios e elementos próprios, mas são difusa e instavelmente invadidos, na sua reprodução operacional, por diferenças, programas e elementos de outros sistemas sociais.

4.1 O TEXTO CONSTITUCIONAL E A REALIDADE CONSTITUCIONAL

Segundo Neves (2011, p. 83-84) o conceito de Constituição sistêmico-teorético adotado acima, vinculado à noção moderna de "constitucionalização", pode ser complementado mediante a abordagem da relação entre texto e realidade constitucionais. Ele explica que não se trata da antiga dicotomia norma/realidade constitucional, mas sim do problema referente à "concretização" das normas constitucionais, que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional²¹. Sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização. Na teoria constitucional alemã, destacam-se nessa direção os modelos de Friedrich Müller e Peter Häberle.

De acordo com a concepção de Müller (1990 *apud* NEVES, 2011, p. 84), a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito

21 O ministro Eros Grau em voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 revela de forma elucidadora a diferenciação entre texto e norma, a saber: Hoje temos como assentado o pensamento que distingue texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade (...) A interpretação do direito tem caráter constitutivo - não meramente declaratório, pois - e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. (...) Interpretar/aplicar é dar concreção [=concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular. Se for assim - e assim de fato é - todo texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma (GRAU, 2011, p. 22-23). Nesse sentido, também Mendes e Branco (2013, p. 134) que em seu livro de Direito Constitucional fazem uma observação importante: de que muitas vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto.

normativo (dados reais). Logo, a estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes. Portanto, a concretização da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à “interpretação aplicadora” do texto normativo, o qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo, ela inclui, além do programa normativo, o âmbito normativo como o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual. Nesse sentido, Müller (1990 *apud* NEVES, 2011, p. 84) define a normatividade em duas dimensões: uma na propriedade dinâmica da norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (normatividade concreta) e outra no de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (normatividade materialmente determinada).

Com a perspectiva de Müller, referente à matéria, compatibiliza-se a orientação de Häberle (1980 *apud* NEVES, 2011, p. 85-86) que através do ensaio "A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição", além de indagar os fins e métodos da interpretação constitucional, levanta, sobretudo a "questão dos participantes", para propor a tese de que nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos. O fato de que o Direito Constitucional material, conforme esse modelo surja de uma multiplicidade de interesses e funções, implica a diversidade prática de interpretação da Constituição. Dessa maneira, não se superestima a significação do texto constitucional, como na doutrina tradicional da interpretação. No primeiro plano do processo interpretativo encontra-se a "esfera pública pluralística". De acordo com essa abordagem, pode-se afirmar que o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional.

As teorias constitucionais de Müller e Häberle se relacionam sob os aspectos semânticos e pragmáticos no que toca à ambiguidade e vagueza da linguagem constitucional, que acabam por levar ao surgimento de expectativas normativas diferentes e contraditórias perante os textos normativos. Aliado a isso, as contradições de interesses e de opiniões entre expectantes e agentes

constitucionais fortificam a variabilidade da significação do texto constitucional. Somente sob as condições de uma mesma unidade de interesse e concepção do mundo, as questões constitucionais perderiam sua relevância semântico-pragmática, para se tornarem primariamente questões sintáticas, orientadas pelas regras da dedução lógica e subsunção. Mas tal situação é seguramente incompatível com a complexidade da sociedade moderna (NEVES, 2011, p. 86-87).

Desta feita, percebe-se que as teorias de ambos os doutrinadores permitem uma maior compreensão da atual dissonância na dicotomia Direito/realidade constitucional, que é aqui entendida como a diferença entre Direito constitucional vigente concebido como sistema constitucional (complexo das expectativas normativas de comportamento filtradas através da legislação e concretização constitucionais) e realidade constitucional compreendida como meio ambiente da Constituição (totalidade das expectativas e comportamentos que se referem ao Direito Constitucional com base em outros códigos sistêmicos ou em determinações do "mundo da vida"). Pois, quanto maior é a complexidade social, tornam-se mais intensas as divergências entre as expectativas em torno do texto constitucional e varia mais amplamente o seu significado no âmbito da interpretação e aplicação. Isso é válido para todos os textos normativos, no entanto, torna-se ainda mais relevante no domínio do Direito Constitucional, na medida em que ele é mais abrangente na dimensão social, material e temporal (NEVES, 2011, p. 90).

4.2 OS DOIS SENTIDOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

4.2.1 Constitucionalização simbólica em sentido negativo

Segundo Neves (2011, p. 90-91), da exposição sobre a relação entre texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo, que corresponde ao fato de o texto constitucional não ser suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. Essa concretização constitucional abrange tanto os participantes diretos do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição quanto o público. Nesse sentido, ela envolve o conceito de

realização constitucional.

No entanto, não se pode dizer que o problema da falta de concretização constitucional se restringe à desconexão entre disposições constitucionais e comportamento dos agentes públicos e privados. Na verdade, tal problema ganha sua relevância específica, no âmbito da Constitucionalização simbólica, ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, caracterizando-se por uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição. Ao texto constitucional falta, então, normatividade. Em linguagem da teoria dos sistemas, não lhe correspondem expectativas normativas congruentemente generalizadas. Nas palavras da metodologia normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais). Não estão presentes as condições para o processo seletivo de construção efetiva do âmbito normativo a partir dos âmbitos da matéria e do caso, com respaldo nos elementos linguísticos contidos no programa normativo. O âmbito da matéria (o conjunto de todos os dados empíricos que estão relacionados com a norma) não se encontra estruturado de tal maneira que possibilite o seu enquadramento seletivo no âmbito normativo. Com isso, não se verifica no texto constitucional normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada (NEVES, 2011, p. 92).

Neves (2011, p. 92-93) revela ainda que em uma visão sistêmico-teórica, o âmbito da matéria (econômico, político, científico, religioso, moral etc.), subordinado e orientado por outros códigos-diferença (ter/não-ter, poder/não-poder, verdadeiro/falso etc.), sejam eles sistemicamente estruturados ou envolvidos no “mundo da vida”, não estariam em condições de submeter-se a uma comutação seletiva por parte do código jurídico de diferença entre lícito e ilícito. Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação aos fatores do meio ambiente. Ao contrário, no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do “mundo da vida”, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código “lícito/ilícito” sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais. Nessa perspectiva, mesmo se

admitindo a diferença entre constitucional e inconstitucional como código autônomo no interior do sistema jurídico, o problema reside não apenas na constitucionalidade do Direito, ele reside, primeiramente, já na juridicidade da Constituição (NEVES, 2011, p. 92-93).

Numa leitura da concepção pluralística e processual da Constituição é possível afirmar que o problema da constitucionalização simbólica está vinculado à não-inclusão de uma esfera pública pluralista no processo de concretização constitucional. Mas não apenas: além da ausência de um "público pluralista" como participante (em sentido lato) do processo de concretização constitucional, as disposições constitucionais não são relevantes para os órgãos estatais vinculados estritamente à sua interpretação-aplicação. Nas situações de constitucionalismo simbólico, ao contrário, a práxis dos órgãos estatais é orientada não apenas no sentido de "socavar" a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente. Dessa maneira, ao texto constitucional contrapõe-se uma realidade constitucional excludente do "público", não surgindo, portanto, a respectiva normatividade constitucional; ou, no mínimo, cabe falar de uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material (NEVES, 2011, p. 94).

4.2.2 Constitucionalização simbólica em sentido positivo

Não obstante, sob o ponto de vista jurídico, a constitucionalização simbólica seja caracterizada negativamente pela ausência de concretização normativa do texto constitucional, ela também tem um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político-ideológico. Nesse sentido, ela exige um tratamento diferenciado das abordagens tradicionais referentes à "não-realização" das normas constitucionais (NEVES, 2011, p. 95). Sendo assim, o sentido positivo da constitucionalização simbólica está vinculado à sua característica negativa. Sua definição engloba esses dois momentos: de um lado, sua função não é direcionar as condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais, mas, por outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos

concretos. Isso pode ser a reverência retórica diante de determinados valores (democracia, paz). Pode tratar-se também de propaganda perante o estrangeiro (NEVES, 2011, p. 96-97).

Visto desta forma, pode-se afirmar que a constitucionalização simbólica desempenha uma função ideológica. A ideologia aqui não é compreendida como deformação de uma verdade essencial, ou como uma representação falsa do que "não é". Em caso de constitucionalização simbólica, o problema ideológico consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas. Dessa maneira, perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade (NEVES, 2011, p. 97-98).

O "Constitucionalismo aparente" implica, dessa forma, uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, servindo antes para imunizar o sistema político contra outras alternativas. Através dele, não apenas podem permanecer inalterados os problemas e relações que seriam normatizados com base nas respectivas disposições constitucionais, mas também ser obstruído o caminho das mudanças sociais em direção ao proclamado Estado Constitucional. Ao discurso do poder pertence, então, a invocação permanente do documento constitucional como estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais, da "divisão" de poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a essas instituições como conquistas do Estado-Governo e provas da existência da democracia no país. Daí decorre uma deturpação pragmática da linguagem constitucional, que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Nesse sentido, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se, contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista (NEVES, 2011, p. 98-99).

Por fim, cabe salientar que não se confunde o problema da

constitucionalização simbólica com apenas a falta de efetividade de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeitos simplesmente simbólicos, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras. Fala-se de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a igualdade perante a lei, a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Na verdade, o que se verifica é que ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente. Os direitos fundamentais, a “separação” de poderes, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional, são deturpados na práxis do processo concretizador, principalmente com respeito à generalização, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Nessa perspectiva, só caberia falar de normatividade restrita e, portanto, excludente, particularista, em suma, contrária à normatividade generalizada e includente proclamada no texto constitucional (NEVES, 2011, p. 100-101).

4.3 OS TIPOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Neves (2011, p. 31-42) ao abordar a temática da legislação simbólica estabeleceu para esta uma classificação tricotômica tomando por base o modelo proposto por Kindermann (1988, p. 230 *apud* NEVES, 2011, p. 33). Tais ensinamentos podem ser transportados para o estudo da constitucionalização simbólica que assim como a legislação simbólica se classifica em três formas básicas de manifestação: 1) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2) a constituição como fórmula de

compromisso dilatatório; 3) a constitucionalização-álibi (NEVES, 2011, p. 102).

No primeiro caso, apresentam-se os dispositivos constitucionais que, sem relevância normativo-jurídica, confirmam as crenças e *modus vivendi* de determinados grupos, como seria o caso da afirmação de princípios de “autenticidade” e “negritude” nos países africanos após a independência (NEVES, 2011, p. 102). Logo, verifica-se que, assim como a legislação simbólica, a constitucionalização simbólica destinada primariamente à afirmação de valores sociais pode ser encarada como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores e interesses. Constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade (NEVES, 2011, p. 35). Desta feita, tomando por base a questão legislativa infraconstitucional, o que se exige do legislador muito frequentemente é uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores veem a “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei. Dessa maneira, procuram influenciar a atividade legiferante, no sentido de que sejam formalmente proibidas aquelas condutas que não se coadunam com os seus valores, assim como permitidos ou obrigatórios os comportamentos que se conformam aos seus padrões valorativos (NEVES, 2011, p. 33).

No que se refere ao segundo tipo de constitucionalização simbólica, Neves (2011, p. 102-103) toma como parâmetro a análise da Constituição de Weimar (1919) feita por Schmitt (1970). Tal Carta Constitucional revela um caráter de compromisso, distinguindo, porém, os compromissos “autênticos” dos “não autênticos” ou “de fórmula dilatatória”. Conforme a concepção “decisionista” de constituição, sustenta-se, então, que os compromissos autênticos destinam-se à regulação e ordenação objetiva de certos assuntos controversos, mediante transações em torno da organização e do conteúdo da Constituição. Os “de fórmula dilatatória” ou “não autênticos”, ao contrário, não diriam respeito a decisões objetivas alcançadas através de transações, servindo exatamente para afastar e adiar a decisão. Assim sendo, qualquer dos partidos inconciliáveis podem recorrer às

respectivas disposições constitucionais, sem que daí possa decorrer uma interpretação jurídica convincente. Mas Schmitt (1970 *apud* NEVES, 2011, p. 103) enfatiza que a questão dos compromissos de fórmula dilatória deve atingir apenas particularidades da regulação legal-constitucional, pois se uma Constituição contiver apenas compromissos dilatatórios, seria ilusório seu valor e teria de se admitir que as decisões políticas fundamentais recairiam fora dos procedimentos e métodos constitucionalmente previstos, fato que abrangeria um problema mais amplo, que é o da constitucionalização-álibi, analisado a seguir.

Para compreender a constitucionalização-álibi, faz-se mister compreender a formação da legislação-álibi, pois essa visão micro pode ser transplantada para a macro, que seria o processo de formação das Constituições. No caso da legislação-álibi, esta pode surgir face à insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou à emergência de problemas sociais, que exigem do Estado uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, a regulamentação normativa muito improvavelmente possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado (NEVES, 2011, p. 37).

Ao tratar da legislação álibi, Neves (2011, p. 36-41) revela que um dos objetivos da legislação simbólica pode ser também fortificar a confiança do cidadão no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança no sistema jurídico-político. O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. Através da "legislação-álibi" o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos (NEVES, 2011, p. 36-37).

Por isso, pode-se dizer, também, que a legislação-álibi decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. A essa formulação do problema subjaz

uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade. É evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas se defrontam com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A resolução dos problemas da sociedade dependeria então da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais. Nesse sentido, pode-se afirmar que a legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando uma função ideológica (NEVES, 2011, p. 39-40).

Ainda tratando da legislação-álibi, é importante salientar que ela nem sempre obtém êxito em sua função simbólica. Quanto mais ela é empregada tanto mais frequentemente fracassa. Isso porque o emprego abusivo da legislação-álibi leva à descrença no próprio sistema jurídico, assim, o Direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de conduta cai em descrédito, disso resulta que o público se sente enganado e os atores políticos se tornam cínicos (NEVES, 2011, p. 40-41).

Isto posto, percebe-se que tudo o que foi explanado em relação à legislação-álibi pode ser aplicado em certa medida à constitucionalização álibi, respeitadas as suas especificidades. Muito embora, seja mais fácil e mais comum a concepção de uma legislação-álibi, Neves (2011, p. 105) revela também ser possível a existência da constitucionalização simbólica utilizada como álibi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional, e cita como exemplo mais marcante a experiência africana, pois, nos estados que se formavam, então, na África, não havia condições sociais mínimas para a concretização constitucional e, por conseguinte, os pressupostos para a construção do Direito positivo como esfera funcional autônoma não se mostravam presentes. Assim, o texto constitucional, a sua produção e o respectivo discurso em torno dele atuavam como álibi para os novos governantes. Nesse sentido, as “Constituições simbólicas”, em oposição às normativas, fundamentam-se, sobretudo nas pretensões (correspondentes a

necessidades internas ou externas) da elite dirigente pela representação simbólica de sua ordem estatal. Delas não decorre qualquer modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se isso fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social (NEVES, 2011, p. 104-105).

4.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA COMO ALOPOIESE DO SISTEMA JURÍDICO

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer alguns conceitos, um deles é o conceito de *autopoiese* que tem sua origem na teoria biológica de Maturana e Varela (1980). Etimologicamente, a palavra deriva do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Significa que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele produz. Trata-se, portanto, de sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos. Dessa maneira, procura-se romper com a tradição segundo a qual a conservação e evolução da espécie seriam condicionadas basicamente pelos fatores ambientais (NEVES, 2011, p. 127-128).

Nas ciências sociais a utilização do conceito de *autopoiese* foi proposta por Luhmann que a emprega de forma diferenciada do modelo biológico de Maturana e Varela (1980 *apud* NEVES, 2011, p. 128-129), na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas orgânicos e neurofisiológicos. Na teoria biológica da *autopoiese*, há, de acordo com Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e meio ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso (NEVES, 2011, p. 128-129).

Além de diferenciar-se da teoria biológica da *autopoiese*, a concepção luhmanniana do fechamento autorreferencial dos sistemas baseados no sentido, especialmente dos sistemas sociais, afasta-se ainda mais claramente da clássica oposição teórica entre sistemas fechados e abertos, pois, o fechamento não significa agora nem falta de meio ambiente, nem determinação integral por si mesmo, trata-se de autonomia do sistema. O fechamento operativo é, portanto, condição de possibilidade para abertura (NEVES, 2011, p. 129-130).

Mas a concepção de *autopoiese* não se resume em Luhmann à autorreferência elementar ou de base, que se assenta na diferença entre elemento e relação. Apresenta-se apenas como a forma mínima de autorreferência, constituindo um dos três momentos da *autopoiese*, os outros são a reflexividade e a reflexão, que se baseiam respectivamente na distinção entre "antes e depois" ou entre "sistema e meio ambiente". Reflexividade e reflexão incluem-se no conceito mais abrangente de mecanismos reflexivos (NEVES, 2011, p. 131). A reflexividade diz respeito à referência de um processo a si mesmo, ou seja, a processos sistêmicos da mesma espécie. Mas, formulado dessa maneira, o conceito resulta insuficiente para caracterizar a reflexividade de um sistema autopoietico. Assim, pode-se, de acordo com o modelo sistêmico-teorético, caracterizar de maneira mais rigorosa a reflexividade como um mecanismo no interior de um sistema autopoietico que implica na adoção do mesmo código binário pelo processo referente e pelo processo referido e que, em conexão com isso, critérios e programas do primeiro reaparecem em parte no segundo (NEVES, 2011, p. 131-132).

Na reflexão, que pressupõe autorreferência elementar e reflexividade, é o próprio sistema como um todo que se apresenta na operação autorreferencial, não apenas os elementos ou processos sistêmicos. Enquanto "teoria do sistema no sistema", ela implica a elaboração conceitual da identidade do sistema em oposição ao seu meio ambiente (NEVES, 2011, p. 132-133).

Desta feita, Luhmann (1983 *apud* NEVES, 2011, p. 135) passa adotar esses conceitos nas ciências jurídicas. Para ele, a positivação do Direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença "lícito/ilícito" exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo. Nesse sentido, a positividade é conceituada como autodeterminação operacional do Direito.

Por outro lado, a autodeterminação do Direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas, que só se tornou clara a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Assim, com base na distinção entre o normativo e o cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao meio ambiente. A esse respeito escreve Luhmann (1983, p. 139 *apud* NEVES, 2011, p. 136):

Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto [...].

Nesse contexto, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico. A capacidade de reciclagem (dimensão cognitivamente aberta) do Direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao meio ambiente complexo e veloz. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu meio ambiente, exige a "digitalização" interna de informações provenientes do meio ambiente. A diferenciação do Direito na sociedade não é outra coisa do que o resultado da mediação dessas duas orientações. A alterabilidade do Direito é, dessa forma, fortificada, não impedida, mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de reciclar-se, sensível ao seu ambiente. Nessa perspectiva, o fechamento autorreferencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constitui finalidade em si do sistema, antes é a condição da abertura (NEVES, 2011, p. 136-137).

No entanto, segundo Neves (2011, p.142) essa visão luhmanniana da *autopoiese* do sistema jurídico passou a ser criticada, sobretudo pelos autores vinculados à concepção pós-modernista do Direito. Ele explica que no caso dos sistemas sociais, a *autopoiese* operacional é combinada com a referência cognitiva ao meio ambiente. Assim, a heterorreferência informativa é pressuposto da

autorreferência operacional e vice-versa. No sistema jurídico, isso significa a conexão entre fechamento normativo e abertura cognitiva. O Direito enquanto sistema autopoietico é, ao mesmo tempo, normativamente simétrico e cognitivamente assimétrico. No entanto, quando há uma assimetização externa ao nível da orientação normativa, surge o problema da *alopoiese* como negação da autorreferência operacional do Direito. Derivada etimologicamente do grego *állos* (um outro, diferente) + *poiesis* (produção, criação), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente. O respectivo sistema é determinado, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente. Por outro lado, o bloqueio alopoietico do sistema é incompatível com a capacidade de reciclagem (abertura cognitiva) e, por conseguinte, com a própria noção de referência ao meio ambiente como interrupção da interdependência dos componentes sistêmicos.

Neves (2011, p. 145-146) ao falar do Direito alopoietico, refere-se ao próprio Direito estatal, territorialmente delimitado. Ele observa que não se desenvolve, em determinado âmbito de vigência espacial, a diferenciação funcional suficiente de uma esfera do agir e do vivenciar jurídico, ou seja, não se constrói um sistema autorreferencial apto a, de maneira congruentemente generalizada no domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e direcionar as ações em interferência intersubjetiva. Diante disso, ele propõe algo mais radical, que seria a própria falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal. Isso significa a sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não-ter) e do político (poder/não-poder), sobre o código "lícito/ilícito", em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito.

4.5 A FALTA DE EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS COMO CONSEQUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

Conforme revela Barroso (2006, p. 76) as normas constitucionais, como espécies de normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. Portanto, como qualquer outra norma, elas têm um

mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica, não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive com o estabelecimento de consequências em decorrência da insubmissão ao seu comando. Sendo assim, as disposições constitucionais não são prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não-jurídico, são sim, normas jurídicas com um caráter hierarquicamente superior.

No entanto, ao se deparar com normas manifestamente inexequíveis, o intérprete tende a negar o seu caráter vinculativo, e portanto, nega o seu caráter normativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional. Nessas hipóteses o texto constitucional não deixa de ser imperativo, ele passa a ser inexigível em decorrência da sua impossibilidade material de cumprimento (BARROSO, 2006, p. 78).

Essa discussão traz à tona a problemática das normas constitucionais programáticas, constantemente criticadas no tocante à sua eficácia e efetividade. Diz-se que tais normas não têm eficácia imediata e são destituídas de imperatividade, não passando de meros planos/programas que serão realizados com a evolução do Estado. Portanto, seriam normas que não vinculariam, não estabelecendo princípios específicos, nem tampouco fundando institutos ou determinando com clareza as bases das relações jurídicas que acolhem (SANTOS, 2000, p. 09).

Nesse sentido, também Bonavides (1993, p. 220) critica as normas programáticas, resumindo tais críticas a três aspectos básicos: a) as normas programáticas têm por conteúdo princípios abstratos e na maioria implícitos; b) as normas enunciam programas políticos não vinculantes; c) as normas estampam regras genéricas, vagas e abstratas que acabam por escapar de uma aplicação positiva. As diversas críticas destinadas às normas programáticas e principalmente à sua falta de eficácia social acabaram por gerar a ideia da existência, na Constituição, de normas sem aplicação que passaram a receber denominações, tais como: mero programa, proclamações, admoestações morais, declarações bem-intencionadas, manifestos, aforismos políticos, entre outras, todas com o mesmo propósito de recusar eficácia e aplicabilidade àquelas proposições cuja presença no

texto básico parecia servir unicamente para embelezar as Constituições (SANTOS, 2000, p. 9).

Santos (2000, p. 10) revela as duas consequências mais perversas da falta de efetividade das normas programáticas, são elas:

1) juristas de araque e governantes com tendências despóticas podem alegar a falta de efetividade das normas programáticas e evadir-se do cumprimento de diversas regras e princípios constitucionais; 2) ocorre um sentimento de frustração constitucional entre a comunidade, passando a haver um divórcio latente do mundo normativo (*sollen*) do mundo real (*sein*). Essa frustração pela não implementação e realização dos objetivos constitucionais, e a não aplicação de diversos direitos sociais e econômicos levam a população a descrer na ordem jurídica e não respeitar a Constituição como lei fundamental do Estado.

Doutrinadores como Jorge Miranda (1997), J.J. Gomes Canotilho (1991), Crisafulli (1952) e Luís Roberto Barroso (2006) reagiram a estas críticas sobre a falta de efetividade das normas programáticas (SANTOS, 2000, p. 10). Afirmam que todas as normas são dotadas de eficácia vinculativa imediata dentro de uma análise sistêmica da Constituição, repelindo a identificação das normas programáticas como mera intenção futura, simples programas ou mera exortação moral. Sustentam que as normas programáticas de cunho constitucional têm eficácia vinculante e imediata e são sempre obrigatórias, e como derivam do Poder Constituinte, são dotadas de suprallegalidade. Elas compõem o ápice do ordenamento jurídico, como toda norma constitucional, devendo ser respeitadas pelas demais normas do ordenamento (SANTOS, 2000, p. 10).

Neste diapasão, é importante destacar os ensinamentos de Barroso (2006, p. 115-116):

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.

Isto posto, percebe-se que é muito difícil se desvencilhar da ideia de que a norma programática carece de eficácia e efetividade. Pode-se dizer até que há uma

tendência natural em associar a falta de efetividade das normas constitucionais programáticas ao fenômeno da constitucionalização simbólica, uma vez que este é entendido pelo leigo como a existência de normas com mero teor simbólico nas constituições. No entanto, Neves (2011, p. 113) revela que é o problema da constitucionalização simbólica que tem sido frequentemente encoberto através da deformação do conceito jurídico-dogmático de normas constitucionais programáticas. Trata-se de uma confusão prejudicial tanto às abordagens dogmáticas quanto extradogmáticas. Nesse sentido, o que se pretende mostrar aqui é que a constituição não é simbólica pelo fato de abarcar normas programáticas, mas sim, que a constitucionalização simbólica pode acarretar como uma de suas consequências a falta de efetividade de tais normas.

Para Neves (2011, p.114-115) não tem cabimento atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático. Pois, primeiramente, deve-se observar que a eficácia social de normas constitucionais programáticas depende, como já afirmado, da existência das possibilidades estruturais de sua realização. A própria noção de programa implica a sua realizabilidade no contexto social das expectativas e comunicações que ele se propõe a direcionar ou reorientar.

No caso da constitucionalização simbólica ocorre outra situação. Verifica-se um dissenso entre as disposições programáticas e as tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional, de tal forma que a realização do conteúdo dos dispositivos programáticos importaria uma transformação radical da estrutura social e política. Isso ocorre porque a rejeição ou deturpação das normas programáticas ao nível do processo concretizador não resulta apenas da omissão, mas também da ação dos órgãos estatais. Diante das injunções do "meio ambiente" social da Constituição, especialmente das relações econômicas e políticas, a ação dos agentes estatais encarregados de executar as disposições programáticas dirige-se frequentemente no sentido oposto ao do aparente programa. Portanto, a questão não se diferenciaria, em princípio, do problema do bloqueio da concretização normativa dos demais dispositivos constitucionais. Mas, pode-se dizer que é através das chamadas "normas programáticas de fins sociais" que o caráter hipertroficamente simbólico da

linguagem constitucional vai apresentar-se de forma mais marcante (NEVES, 2011, p. 115).

Embora constituintes, legisladores e governantes em geral não possam, através do discurso constitucionalista, encobrir a realidade social totalmente contrária ao que se prega no texto da Constituição, invocam na retórica política os respectivos princípios e fins programáticos, encenando o envolvimento e interesse do Estado na sua consecução. A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um alibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem "letra morta" num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social (NEVES, 2011, p. 115-116).

Nesse sentido também Horta (1995, p. 223-224), que no lastro de Jorge Miranda afirma que algumas normas programáticas podem até exigir uma lei que as regulamentem, mas há outras que necessitam de providências administrativas e operações materiais para que sejam capazes de atingir as estruturas econômicas, sociais e culturais subjacentes à Constituição. Neste aspecto, a eficácia e efetividade destas normas programáticas se mostra bastante complexa, por não apenas exigir a atuação efetiva do legislador, mas por depender de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Governo com a fiscalização, orientação e pressão populares. O caminho para a concretização destas normas é penoso, fruto de lutas e conquistas sociais.

Percebe-se que a falta de efetividade das normas constitucionais programáticas é um problema complexo que envolve fatores de certa forma alheios ao direito, como, por exemplo, vontade política. Isso leva a crer que como a constituição é definida como acoplamento estrutural entre direito e política, ela conseguiria intermediar essa conversa entre os dois sistemas, mas no caso de constitucionalização simbólica, o que se verifica é a verdadeira sobreposição do sistema político em relação ao Direito. Neves (2011, p. 149) expõe que a politização do sistema jurídico não resulta do conteúdo dos próprios dispositivos constitucionais. Ao contrário, o texto constitucional proclama um modelo político-jurídico no qual

estaria assegurada a autonomia operacional do Direito. Mas do sentido em que se orienta a concretização do texto constitucional resulta o bloqueio político da reprodução operacionalmente autônoma do sistema jurídico.

No entanto, enquanto sobreposição do sistema político ao jurídico, a constitucionalização simbólica não se apresenta apenas como mecanismo de bloqueio do Direito pelo código-diferença primário do poder, ou seja, não tem um sentido puramente negativo. Através do discurso constitucionalista, da referência retórica ao texto constitucional, é possível, com êxito maior ou menor, construir-se perante o público a imagem de um Estado ou um governo identificado com os valores constitucionais, apesar da ausência de um mínimo de concretização das respectivas normas constitucionais. Trazendo a esse contexto palavras de Luhmann, trata-se de um caso típico de "exploração" do sistema jurídico pela política. Não se configura aqui uma "exploração" eventual ou em aspectos isolados, mas sim uma "superexploração" generalizada. Daí porque se fala de "sociedade hiperpoliticada" em casos de constitucionalização simbólica (NEVES, 2011, p. 150-151).

Com isso, pode-se dizer que no âmbito da constitucionalização simbólica, o poder político sofre injunções particularistas as mais diversas, tornando-se ineficiente com respeito à sua função decisória. Assim, não havendo um sistema normativo-jurídico constitucional efetivo que se possa invocar de forma legítima, os respectivos governantes (em sentido amplo) ficam suscetíveis às influências dos interesses particularistas, surgindo daí mecanismos instáveis e compensatórios de "legitimação". Principalmente no que se refere às injunções do código "ter/não-ter" (economia), observa-se claramente a fraqueza do sistema político em situações de constitucionalismo simbólico, um problema típico do Estado periférico. Nesse sentido, a constitucionalização simbólica também se apresenta como um mecanismo ideológico de encobrimento da falta de autonomia e da ineficiência do sistema político estatal, principalmente com relação a interesses econômicos particularistas (NEVES, 2011, p. 151-152).

Desta feita, chega-se à ilação de que no Brasil a Constituição sob a concepção luhmanniana definida como "acoplamento estrutural" entre política e direito, não logra êxito, visto que o relacionamento entre o direito e o poder é hierárquico, caracterizando-se pela subordinação do jurídico ao político. Em

linguagem da teoria dos sistemas, isso significa a subordinação do código-diferença “lícito/ilícito” (do direito) ao código-diferença “poder/não-poder” (da política). Assim sendo, pode-se dizer que as normas programáticas que dependem da atuação do agente político podem não alcançar a efetividade desejada não só devido ao seu conteúdo, mas também pela *alopoiese* do direito e conseqüentemente pela constitucionalização simbólica.

5 CONCLUSÃO

As constituições, hoje, não podem mais ser vistas apenas como um pedaço de papel, como chegou a afirmar Lassale, impotentes perante as forças sociais dominantes, nem como simples manifestos filosóficos, históricos ou políticos, de elevado teor de programaticidade e de baixo valor jurídico, devendo, sim, ser concebidas como verdadeiros instrumentos normativos, imperativos (DIAS JUNIOR, 2012, p. 30). Ou seja, deve-se vislumbrar nelas uma força normativa capaz de conformar a realidade, como preceitua Hesse.

Entretanto, essa força normativa é posta em xeque quando se trata de normas de caráter programático, pois estas confiam a sua concretização a instâncias políticas, ficam dependentes da vontade dos detentores do poder político. Assim, pode-se dizer que a Constituição, nos dias atuais, acaba por refletir os fatores reais de poder, não havendo, contudo, a sucumbência do seu texto, mas sim, a sua transformação no momento de sua concretização, ou no caso das normas programáticas, no momento da sua não concretização.

O que se percebeu ao longo dessa pesquisa, é que a gradativa implementação desse tipo de norma, que é o que no fundo se almeja, fica sempre na dependência de resolver-se um problema prévio e fundamental: quem é que vai decidir sobre a velocidade dessa implementação? Pela vagueza do Texto Constitucional, essa questão fica subordinada a uma decisão política. Trata-se, portanto, de matéria insuficientemente juridicizada. O direito dela cuidou, sim, mas sem evitar que ficasse aberta uma porta para o critério político (BASTOS, 1994, p. 130).

Isso, no entanto, não impede que desse tipo de norma seja extraída uma força normativa. Na verdade, o que se observa é que se atribui um caráter meramente programático a determinadas disposições constitucionais, na pretensão de transformá-las em estereótipos ou meros termos de efeito. No entanto, tais normas programáticas devem ser vistas no texto constitucional como de caráter reacionário. Nelas se erige não apenas um obstáculo à funcionalidade do Direito,

mas, sobretudo, consubstanciam-se um poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição. Não se dando conta disso, no entanto, a sociedade civil acomoda-se, alentada e entorpecida pela perspectiva de que esses mesmos direitos um dia venham a ser realizados (GRAU, 1985, p. 41-42).

Isso não pode acontecer, pois, por mais que se saiba que as normas constitucionais não podem resolver imediatamente os problemas da sociedade, é sabido também que os problemas jurídicos e políticos que frequentemente se encontram na ordem do dia estão associados à deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional existente (NEVES, 2011, p. 187). Portanto, existem as ferramentas na constituição, mas estas são deturpadas ou não utilizadas em virtude da *alopoiense* do Direito, ou seja, em virtude da sobreposição de outros códigos como o do poder e o da economia em detrimento do código jurídico.

Isto posto, percebeu-se, então, que o modelo do Direito como sistema autopoiético conforme concebido por Luhmann perde em validade empírica quando se esbarra com o problema da constitucionalização simbólica, típico do Estado periférico. A insuficiente concretização normativa do texto constitucional é um sintoma da incapacidade do sistema jurídico de responder às exigências do seu meio ambiente, além de estar associada à sua função simbólica. O que se verifica é que em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a culpa para a sociedade desorganizada, descarregando-se de responsabilidade o Estado ou o governo constitucional. Confunde-se, assim, a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional (NEVES, 2011, p. 186).

Sendo assim, as normas constitucionais programáticas, principalmente aquelas que não dependem de legislação futura, encontram problema em sua efetividade não só devido ao seu conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, mas também, porque para se tornarem efetivas tais normas necessitam da atuação de agentes públicos e estes, muitas vezes, põem de lado o código-diferença “lícito/ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou

orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc. Nesse sentido, cabe, sem dúvida, sustentar que um dos motivos da falta de efetividade das normas programáticas seria a existência da *alopoiese* do Direito e, por conseguinte da constitucionalização simbólica.

REFERÊNCIAS

ARNOLD, Thurman W. (1971). *El derecho como simbolismo*, in: Vilhelm Aubert (org.), **Sociología del Derecho**, trad. esp. de J.V. Roberts, Caracas: Tiempo Nuevo *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

AZZARITI, Gaetano. **Problemi attuali di diritto costituzionale**. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: [s.n.], tomo 2, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. - 16.ed. - São Paulo : Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 2 ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 out 2016.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem estar social**. São Paulo: Saraiva, 1982 *apud* PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro – São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Gomes, MOREIRA, Vidal. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. - 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

CAUBET, Yannick. A Constituição no Século XXI. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 65-82, jan. 2001. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15394>>. Acesso em: 06 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15394>.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 138 abr./jun. 1998 (p. 185 – 191).

COOLEY, Thomas M. **A treatise on the constitutional limitations**. 6. ed. Boston, Brown and Co., 1890 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1954 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1952 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. Ode ou Réquiem pela Constituição Dirigente? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre: Síntese, v. 5, 2005, Coleção Acadêmica de Direito, v. 46.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e moralidade: o direito fundamental à moralidade das candidaturas**. - 2 ed. - Curitiba: Juruá, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. - 20. ed. Rev e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

EDELMAN, Murray (1967). **The Symbolic Uses of Politics**. Urbana/Chicago/Londres: Iliversity of Illinois Press *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A validade das normas jurídicas. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 72-87, jan. 1994. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15875>>. Acesso em: 07 set. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15875>.

_____. **Introdução ao estudo do direito.** – 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 4, p. 41-42, 1985.

_____. Voto proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. In: **REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1957. Trimestral, abr.-jun. 2011, vol. 216.

HÄBERLE, Peter (1980). **Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft**, Königstein/Ts.: Athenäum *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional.** - 1.ed. - Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KINDERMANN, Harald (1988). "Symbolische Gesetzgebung", in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)**, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp.222-245 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** - 1 ed. - Leme/SP: CL EDIJUR, 2014.

LIMA, George Marmelstein. **Crítica à Classificação de José Afonso da Silva acerca da Aplicabilidade e Eficácia das Normas Constitucionais.** Publicação online: 2004. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/critica.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

LUCAS, Fábio. **Conteúdo social nas constituições brasileiras.** Belo Horizonte: Ed. da Faculdade de Ciências Econômicas da UMG, 1959 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

LUHMANN, Niklas (1983). *Die Einheit des Rechtssystems*, in: **Rechtstheorie 14** (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 129-154 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas (1990). *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in: **Rechtshistorisches Journal 9** (Frankfurt am Main: Löwenklau), pp. 176-220 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. - 4. ed. - Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. 1.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. t. 2.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich (1990). *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*, org. por Ralph Christensen, Berlin: Duncker & Humblot *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Ed. RT, 1970. t.1 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. - 27 Ed. Ajustada ao novo código civil. - São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais (as normas programáticas e a crise constitucional). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 147 jul./set. 2000 (p. 5 – 14).

SANTOS, Maria Paula Gomes dos. **O Estado e os problemas contemporâneos**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2009.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003.

SCHMITT, Carl (1970). *Verfassungslehre*, 5. ed., Berlin: Duncker & Humblot (reimpressão inalterada da 1. ed., publicada em 1928). Trad. esp. (1970): *Teoría de la Constitución*, México: Editora Nacional *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. – 3 ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SILVA, Edna Lúcia da; MENEZES, Estera Muszkat. **Metodologia da pesquisa e**

elaboração de dissertação. – 4. ed. rev. atual. – Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4 (2006): 23-51. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

TEIXEIRA, Enise Barth; ZAMBERLAN, Luciano; RASIA, Pedro Carlos. **Pesquisa em administração.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2009.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional** (organizado a partir de apostilas de suas aulas e atualizado pela Prof^a Maria Garcia). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991 *apud* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** – 6 ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998 (p. 71 – 81).