

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**
**PROGRAMATIC PRINCIPLES' DECLARATORY NORMS IN THE RULE OF LAW
AND THE SYMBOLIC CONSTITUTION**

Bárbara Amelize Costa ¹
Adalberto Antonio Batista Arcelo ²

Resumo

O presente artigo propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica. O tradicionalismo e dogmatismo que cercam o tema são calcados em discursos de autoridade que esvaziam a cientificidade da teoria dos direitos fundamentais e fornecem álibis que inviabilizam a realizabilidade social das normas constitucionais - o que se dá em evidente dissonância à proposta de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Aplicabilidade das normas constitucionais, Realizabilidade social, Constitucionalização simbólica

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes an impact analysis for declaratory classification of pragmatic principles' constitutional requirements, through the viewpoint of illustrious jurist Jose Afonso da Silva's tripartite theory, in the current panorama of symbolic constitutionalization. The traditionalism and dogmatism that surround the topic are based in authority discourses, which empty the scientificity of fundamental rights theory and provide alibis that make inviable the social realization of constitutional norms - which occurs in evident dissonance to a proposed true democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Applicability of constitutional standards, Social realization, Symbolic constitutionalization

¹ Especialista em Tecnologias Aplicadas à Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Bacharel em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Estudante de Direito.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo - MG.

1 INTRODUÇÃO

A literatura jurídico-constitucional nacional, acompanhada fortemente pelos juízes e tribunais têm, até os dias atuais, nos ensinamentos do Professor José Afonso da Silva explanados em importante monografia redigida na década de 1960 e intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, uma referência incontornável.

Inspirada nos ensinamentos de Vezio Crisafulli, autor italiano que escreveu, em 1952, o livro *La costituzione e le sue disposizione di principio*, a classificação das normas constitucionais realizada por José Afonso da Silva, em especial a concernente à eficácia limitada declaratória de princípios programáticos, não raro é utilizada quando se objetiva negar efetividade a um dispositivo constitucional, em evidente dissonância ao paradigma do Estado Democrático de Direito e ao papel da Constituição. Esta vestimenta permite ao Estado atribuir efeitos diferidos a normas ou simplesmente negar aplicabilidade direta e imediata de direitos subjetivos constitucionalmente previstos, conforme abaixo se aduz:

Após diversos anos de vigência da Constituição, fica-se estarecido com o desprezo com que foram premiados determinados comandos constitucionais, com toda uma doutrina formalista a serviço da desconsideração de sua normatividade plena. Cegamente repetitivos de teorias formuladas de há muito, em contexto completamente diverso do atual, os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade. (TAVARES, 2012, p. 85).

A classificação das normas constitucionais, nos moldes clamados por José Afonso da Silva, parece fruto de um dogmatismo e tradicionalismo tão arraigado na doutrina brasileira que as reiteradas repetições doutrinárias aquiescem em desconsiderar as dinamicidades e complexidades sociais, ignorando de forma sistemática a necessária concretização e a efetividade das normas constitucionais.

Sendo a ciência uma atividade produtora de esclarecimentos que tem o condão de racionalizar as teorias de forma a tornar os pensamentos abstratos que a sustentam devidamente falseáveis, busca-se aqui quebrar as correntes desta classificação visando à superação do cenário de constitucionalização simbólica.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Numa perspectiva histórica pode-se sustentar, por meio de um corte temporal violento, que o embrião do Estado de Direito está no processo de materialização dos direitos

fundamentais na Inglaterra, marcando o início da derrocada da monarquia que irá ceder lugar a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal, conforme entendimento de José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 41).

Porém, são nas chamadas revoluções burguesas do final do Século XVIII: a Revolução Francesa e a Revolução Americana, que o novo desenho do Estado cresce e toma corpo, consolidado por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776).

As reatividades francesa e americana ao Antigo Regime - que marcam de forma mais evidente a transformação das relações estatais da monarquia absolutista para o Estado de Direito - culminam em profundas transformações nas relações de poder. Aliadas aos ideais iluministas possibilitam, no campo jurídico, o fortalecimento da positivação de normas (movimentos constitucionais ou constitucionalismos nacionais) com vistas à limitação dos poderes reais.

Nestes termos, todas as três nuances do Estado de Direito (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático) e as fases intermediárias entre eles estabelecem a Constituição como modelo de sociedade e economia que determinará as margens e limites das relações sociais e a íntima correlação com a forma de percepção, empoderamento e entendimento dos direitos fundamentais. Na perspectiva sociológica, pela compreensão de Habermas (1997, p. 170), o Estado de Direito se forma tanto empírica como normativamente por meio de uma relação de tensão entre direito e política que culmina, invariavelmente, na forma de absorção social dos direitos fundamentais, que serão consolidadas por meio do instrumental formal denominado Constituição.

O Estado Liberal típico, conforme afirma Paulo Bonavides (1980, p. 7), influenciado pela conceituação política, moral e social do individualismo, fez triunfar apenas o Liberalismo e não a Democracia. Esta percepção pode ser resumida no Art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em Direitos” (FRANÇA, 1789) e está calcada na relação dos homens com outros homens mas, principalmente, nas relações dos homens com o Estado:

[...] os chamados tradicionalmente direitos individuais são em essência (ainda que não de modo exclusivo) direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas, por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. Os direitos individuais vão significar um não-fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado. (SICHES, 1978, p. 600-601).

Os conteúdos dos direitos individuais, portanto, estavam adstritos à liberdade e à igualdade culminando, inexoravelmente, em alarmantes misérias sociais. Nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento fascista, a liberal democracia viu-se encurralada. O estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos. (MAGALHÃES, 2002, p. 44).

Após a Primeira Guerra Mundial houve o reconhecimento da necessidade de uma existência digna e a exigência, pela sociedade, de direitos maiores que os previstos na esfera do Estado Liberal. O Estado, então, passou a se preocupar com o social e o econômico deixando de lado sua conduta abstencionista. Nas palavras de Mirkine-Guetzevitch:

É em matéria de direitos do homem que essas Constituições de após 1918 são particularmente inovadoras. Sua principal contribuição é o alargamento do catálogo clássico: novos direitos sociais são reconhecidos, aparecem novas obrigações positivas do Estado. [...] Os textos que daí decorrem começam a ocupar-se menos do homem abstrato do que do cidadão social. (MIRKINE-GUETZEVITCH, 1957, p.59).

Porém, o aumento exacerbado das contraprestações estatais (*Welfare State*), frente a uma indisposição cada vez mais frequente dos cofres públicos, ocasionando grandes crises financeiras, culminou na crise do Estado Social. A ocorrência do Estado Totalitário fascista - opressor e violento, onde os direitos individuais e políticos são ignorados (MAGALHÃES, 2002, p. 49) - e a ocorrência da Segunda Guerra Mundial demandaram uma resposta social mais efetiva.

A crise profunda que impedia o Estado Social de responder às demandas sociais influenciou no fortalecimento do Neoliberalismo:

Os neoliberais apresentam uma solução para a crise que o Estado Social, naquele momento, não era capaz de superar. Para superá-la era necessário criar-se as condições para acumulação e expansão do capital, com a posterior criação de riquezas e empregos. Para que o capital se expandisse era necessário que o Estado criasse as seguintes situações ideais: 1. Diminuição do Estado com processos de privatização, permitindo que o setor privado pudesse atuar naqueles setores onde o Estado era concorrente ou único ator. 2. Com a diminuição do Estado, inclusive nas suas prestações sociais fundamentais, é possível a diminuição ou eliminação dos tributos do capital, deixando que a classe assalariada arque com o que subsiste dos serviços públicos (os dados do período Reagan nos EUA ilustram essa afirmativa). 3. Enfraquecimento dos sindicatos para que não haja pressão suficiente sobre o valor do trabalho ameaçando os lucros crescentes. 4. Para enfraquecer os sindicatos são necessárias políticas econômicas de geração do desemprego, com a substituição gradual do trabalho humano pela automação (o capital tem investimento maciço em serviços e bens sofisticados para ampliação dos lucros, aumentando o consumo sem aumentar os consumidores, permitindo assim, também, a geração do desemprego, o que pode parecer incompatível). 5. Com o enfraquecimento dos sindicatos, há uma

diminuição dos salários em determinada área de produção (os salários perdem seu valor real com uma inflação controlada, que permita a sua diminuição sem afetar o setor produtivo; em outras palavras, há inflação, mas sob controle. 6. Com o enfraquecimento dos sindicatos, há a diminuição dos direitos sociais, especialmente os direitos constitucionais do trabalhador, o que significa um retorno às características da terceira fase evolutiva do Estado. (MAGALHÃES, 2002, p. 72).

A evidente disparidade das propostas neoliberais com as necessidades de trabalho e bem estar social somados à falência do Estado Social desembocam, conforme aduz José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 76), numa tentativa de alternativa pela democracia participativa que deve ser construída em nível local, na cidade – espaço de cidadania -, encontrando um novo papel para o Estado e para a Constituição.

O nascimento do Estado Democrático de Direito transforma o papel da Constituição. Informa Carvalho (2015, p. 415) que esta nova fase tem como núcleo axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana. No Brasil, nas palavras de José Luiz Quadros de Magalhães (2002, p. 77), sua propositura baseia-se num instrumental que garanta os processos democráticos de mudança da sociedade, com respeito aos direitos humanos universais, deixando que cada município estabeleça na sua constituição, de forma livre e democrática, o seu próprio modelo de sociedade, de economia, de repartição de riquezas e de convívio social, desde que respeitados os preceitos democráticos da Constituição nacional e que sejam respeitados os princípios universais de direitos humanos.

O Estado Democrático de Direito, todavia, não deve ser encarado sob a perspectiva formalista dos conceitos centrais de Estado de Direito e Democracia, aqui esmiuçados por Barroso:

Quanto ao Estado de Direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares [...] [e] já no tocante, à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação, e de locação – realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. (BARROSO, 2009, p. 41).

Cumprido, antes, empreendermos a percepção material deste Estado Democrático que, nas palavras de Barroso (2009, p. 41), dá alma ao Estado constitucional de direito e é mais do que o governo da maioria: é o governo para todos.

A ótica deste Estado Democrático de Direito a ser referenciada, então, é a do constitucionalismo democrático - onde deve haver a inclusão, não só das minorias, mas da imposição ao Estado de respeito aos indivíduos e da promoção de direitos fundamentais de todas as ordens, com vistas a alcançar os patamares mínimos de igualdade material.

Esclarecido o alcance do Estado Democrático de Direito adotado neste artigo, parte-se para o esclarecimento do papel que a Constituição exerce dentro deste Estado referenciado pelo constitucionalismo democrático.

Numa perspectiva jurídica, o papel da Constituição, nas palavras de Carvalho (2015, p. 330), desdobra-se em vários papéis, haja vista que ela tem uma função jurídica, mas também política-jurídica. Canotilho (1998, p. 1274), identifica cinco funções básicas da Constituição: revelação de consenso fundamental; legitimidade e legitimação da ordem jurídica constitucional; garantia e proteção; ordem e ordenação; e organização do poder político.

Interessa-nos, contudo, não o papel jurídico-ideológico de uma Constituição, mas o social-político – mais condizente com o constitucionalismo democrático – pois é nele que a norma se funde com o indivíduo sobre o qual ela recai. Trata-se de um enfoque no papel social, temporal e material extraído da relação entre texto normativo e realidade constitucional, tomando como premissa basilar a de que não há relevância possível de um texto constitucional se ele estiver desvinculado da realidade social, sob pena de continuamente buscar-se reformas constitucionais originárias e derivadas sem alcance dos interesses genuínos de uma sociedade. Nas palavras de Neves:

De acordo com esta abordagem, pode-se afirmar: o texto constitucional só obtém sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional. (NEVES, 1994, p. 79).

O primeiro foco de estudos doutrinários ateu-se na interpretação da abrangência do texto normativo como forma de identificar o alcance da concretização constitucional. Equivalente a afirmar que no Constitucionalismo moderno – anterior à percepção do constitucionalismo democrático aqui adotado - no que tange ao primeiro enfrentamento acerca da aplicabilidade das normas, o questionamento da existência ou não de variação da aplicação das normas constitucionais em razão de seu texto é que permeou o mundo jurídico. Em outras palavras, conforme informa José Emílio Medauar Ommati (2015, p. 87), o enfrentamento versava sobre a existência ou não de normas constitucionais que encontrariam maior facilidade de serem aplicadas que outras.

Duas posições principais foram consolidadas, no entendimento do mesmo autor (OMMATI, 2015, p.87 e 88): a posição de Thomas Cooley, nos Estados Unidos, lançada em meados do século XIX e a posição de Vezio Grisafulli, lançada na Itália em meados da década de 1950. De acordo com Cooley, as normas seriam de duas espécies: normas auto-aplicáveis ou bastantes em si mesmas (*self executing*) e normas não auto-aplicáveis, ou não bastantes em

si mesmas (*not self executing*). As primeiras categorizariam as normas que, independentemente de complemento ou legislação infraconstitucional, seriam autoaplicáveis e as segundas as que dependeriam de normas infraconstitucionais que completariam seu sentido. Na perspectiva de Thomas Cooley, trazida ao Brasil por Rui Barbosa no final do século XIX e início do XX (MENDES, 2007 apud OMMATI, 2015, p. 88), as normas *self executing* seriam excepcionais em um texto constitucional – o que, de pronto, mostra a fragilidade da concepção, uma vez que inverte a pirâmide normativa do Direito.

Vezio Crisafulli, por sua vez, numa concepção mais interinamente vinculada ao Estado Democrático de Direito, trouxe a perspectiva de que todas as normas constitucionais apresentariam aplicabilidade, sendo variável apenas os efeitos realmente produzidos pelas normas nos casos concretos, classificando-as em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida ou redutível e normas de eficácia limitada. A compreensão de Vezio Crisafulli foi trazida ao Brasil por José Afonso da Silva e tornou-se amplamente utilizada, até os dias atuais, no Poder Judiciário Brasileiro – especialmente nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal. Cumpre, portanto, destrincharmos esta abordagem. (OMMATI, 2015, p.89).

3 A TRÍPLICE CLASSIFICAÇÃO DE EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: a visão de José Afonso da Silva

De antemão faz-se necessário destacar que o Professor José Afonso da Silva, em consônancia ao paradigma do Estado Democrático de Direito e à concepção constitucionalista do Estado Moderno, parte da premissa basilar de que não há norma constitucional destituída de eficácia – mesmo quando se trata daquelas de caráter sócio-ideológico – em contraposição à praticamente extinta teoria clássica norte-americana, que primava pela negação de executoriedade à maioria das normas desta natureza.

Delimitar as duas nuances interpretativas dada pelo autor à palavra eficácia – eficácia social e eficácia jurídica – torna-se pungente para apreensão do alcance propositivo da classificação e os impactos dela advindos.

Conceitua eficácia social como a “capacidade de atingir objetivos previamente fixados como meta” (SILVA, 1998, p. 66) – donde se extrairia, em se tratando de normas jurídicas, a efetividade – e eficácia jurídica, como a “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos” (TEIXEIRA, 1991, p. 289) – donde se retiraria a conceituação de aplicabilidade, conforme abaixo se aduz:

[...] tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer. (SILVA, 1998, p. 66).

A classificação tripartite de José Afonso da Silva, como produto da obra “Aplicabilidade das normas constitucionais”¹, advém da contenção analítica da nuance de eficácia jurídica, relacionando seus dois efeitos conexos encarados sob prismas diferenciados: a potencialidade de produzir efeitos – eficácia propriamente dita – e a praticidade dos efeitos produzidos – aplicabilidade, conforme destaca Barroso:

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo [...] Deliberadamente, ao estudar-lhes a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos efetivamente se produzem. (BARROSO, 2006, p. 82).

A percepção de eficácia abordada pela teoria de José Afonso da Silva no que tange ao prisma da aplicabilidade imputa graus de efeitos jurídicos às normas e, consequentemente, potencialidades normativas diversas a normas de igual natureza, conforme abaixo se aduz: “Se todas [as normas] têm eficácia, sua distinção, sob este aspecto, deve ressaltar esta característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de efeitos jurídicos.” (SILVA, 1998, p. 82).

Nesta toada, sua teoria classifica as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena - e aplicabilidade direta, imediata e integral, normas constitucionais de eficácia contida - e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida - declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos. (SILVA, 1998, p. 86). Passa-se, então, à tentativa de destrinchar suas respectivas abrangências.

3.1 Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral

No que tange às normas constitucionais de eficácia plena, José Afonso da Silva, define como válida a conceituação resgatada da teoria norte americana baseada na autoplacabilidade. Segundo esta teoria, trata-se de normas constitucionais de eficácia plena “[...] quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo que intenta, e realizar tudo que exprime”. (BARBOSA, 1993, p. 492 apud SILVA, 1998, p. 99).

¹ A obra foi proposta pela primeira vez por José Afonso da Silva, em 1967, como resultado de uma monografia.

Traduz Barroso (2006, p. 87-88) que José Afonso da Silva apresenta, nesta categoria, as normas que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação.

Pressupondo, então, a existência do Estado e seus órgãos, se a norma tiver os elementos e requisitos para incidir diretamente, se expressar a conduta positiva ou negativa a seguir, se estiver, em regra, no formato linguístico descritivo está-se diante de uma norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, conforme abaixo destaca José Afonso da Silva:

[...] são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designam órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente a sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; 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 nela regulados. (SILVA, 1998, p. 101).

Segundo o autor (1998 p. 101) a natureza das normas constitucionais de eficácia plena só pode ser delimitada a partir da conceituação das normas constitucionais de eficácia contida e limitada, mas adianta que aquelas:

[...]estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais e, poderia conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição produzem, ou tem possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA, 1998, p. 101).

São exemplos citados por José Afonso da Silva (1998, p. 100) como normas constitucionais de eficácia plena os Arts. 1º, 15, 28, 44 e seu parágrafo único, 226 e seu parágrafo primeiro, 60, parágrafo terceiro, dentre outros.

3.2 Normas constitucionais de eficácia contida, aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral

As normas constitucionais de eficácia contida, nos dizeres de José Afonso da Silva (1998), têm suas peculiaridades assim destacadas:

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 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 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 têm 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 destas normas já contém um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc.), com 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) (SILVA, 1998, p. 104).

Vale destacar que esta categorização traz certa inovação e rompe com a tradicional classificação dual das normas constitucionais fundamentadas, principalmente, nas jurisprudências dos Estados Unidos da América e na teoria de Georgio Del Vechio, disposta no livro “Lições de Filosofia de Direito”, de 1930. Não é comum aos autores que o antecederam e que se prestaram à análise de eficácia das normas constitucionais, tais como o jurista napolitano Gaetano Azzariti e o brasileiro Rui Barbosa, designá-las em forma apartada de item classificatório.

Para José Afonso da Silva (1998, p. 105), esta classificação pode ser notada especialmente entre as normas que instituem direitos e garantias fundamentais, embora não apenas nelas. Traz como exemplo a norma do Art. 5º, VIII, “ninguém será privado dos seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (BRASIL, 1988), extraíndo dela, a eficácia plena e imediata – a não privação de direitos – e a restrição futura – a prestação alternativa fixada em lei. Nestes termos, averbera que a não fixação de prestação alternativa, isto é, a não atuação legiferante positiva elencando as prestações alternativas, assegura a fruição completa do direito.

Em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, as normas constitucionais de eficácia contida diferem-se, especialmente, pela fruição completa e irrestrita do direito enquanto não houver aprovação futura de uma restrição aplicável. Barroso (2006, p. 88), ao citar José Afonso da Silva, traduz esta categoria como as normas que receberam, igualmente às normas constitucionais de eficácia plena, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade.

Estaria-se, assim, diante de uma relação de legislação constitutiva de direito de fruição precedente e legislação limitativa de fruição de direito já concebido procedente. Esta estaria veiculada às normas constitucionais de eficácia contida, uma vez que a fruição não estaria dependente de legislação ulterior, mas sim de restrição ulterior de direito já eficaz e imediato e àquela às normas constitucionais de eficácia limitada, já que para fixação da aplicabilidade da norma, necessitar-se-ia de atividade legiferante positiva autorizativa de fruição.

Cumpra especificar que José Afonso da Silva (1998, p. 115) elenca as razões de delimitação de eficácia dessas normas veiculando-as aos fins gerais e sociais do Estado Moderno e aos interesses coletivos prevalentes em relação aos interesses individuais, atribuindo sua natureza às normas imperativas, positivas ou negativas limitadoras da autonomia individual por meio da discricionariedade do Poder Público.

3.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida declaratórias de princípio institutivos ou organizativos e declaratórias de princípios programáticos

Quanto às normas constitucionais de eficácia limitada, José Afonso da Silva (1998, p. 118) detém-se em dividi-las em duas espécies: as declaratórias de princípio institutivo e declaratórias de princípios programáticos. Cumpra especificar que, apesar das dificuldades terminológicas envolvendo a definição de princípios, estatui o referido autor que as duas categorizações tratam de normas de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta ou mediata, exatamente porque dependem de atividade legiferante ulterior positiva para apreensão de sua executoriedade.

Atinente às normas definidas pelo autor como declaratórias de princípios institutivos, estatui que o legislador ordinário é quem lhes conferirá executoriedade plena mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Considera que são normas de princípios orgânicos ou organizativos que deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, conforme abaixo se extrai:

São, pois, normas constitucionais de princípios institutivo, aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturas e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo mediante lei. (SILVA, 1998, p. 126).

Destrincha que tais normas, sob o aspecto da obrigatoriedade, podem ser impositivas ou facultativas, sendo que nas primeiras o legislador tem a obrigatoriedade de emitir uma lei complementar ou ordinária na forma, condição e para os fins previstos e, na última, o legislador tem o poder para disciplinar o assunto, se assim considerar revelante, conveniente e oportuno:

I - Impositivas são as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa como estas: a) a ocupação e utilização das faixas de fronteiras serão reguladas em lei (art 20, 2); Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e limitar e do corpo de bombeiros limitar. (art 32, 4); [...]; regular as limitações ao poder de tributar; estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária; II – Facultativas ou permissivas, isto é, não impõem uma obrigação; limitando-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas, como são exemplo as seguintes: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar

sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo (art. 22, parágrafo único) (SILVA, 1998, p. 126-127).

Nos casos de omissão na elaboração das normas de eficácia limitada do tipo impositivas, isto poderá constituir comportamento inconstitucional mensurável por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, uma vez tratar-se de inércia (*non facere*) ilegítima do Estado, conforme aduz Carvalho:

A Constituição, com efeito, prevê, em vários de seus dispositivos, a necessidade de se editar atos normativos para dar eficácia a seus comandos que, na linguagem de José Afonso da Silva, são as normas constitucionais de eficácia limitada, compreendendo as declaratórias de princípio institutivo e programáticas. (CARVALHO, 2015, p. 429).

Na prática, a decisão e seus efeitos têm âmbitos meramente informativos ao órgão competente, não configurando, propriamente, em uma solução para a questão, conforme explica Carvalho:

Dispõe a Constituição, no §2º do artigo 103, que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, **será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias** e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 (trinta dias). (CARVALHO, 2015, p. 566, grifo nosso).

Segundo Carvalho (2015, p. 567), o Supremo Tribunal Federal vem decidindo as ações de inconstitucionalidade por omissão de modo a não se reconhecer como legislador positivo, como se extrai deste julgado: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao STF, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao STF, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do próprio órgão legislativo inadimplente.” (STF, ADI MC 1.458 – DF, Re. Min. Celso de Mello, DJU, 20.9.1996).

Assim, muito embora a vigência das normas de eficácia limitada do tipo impositivas é comum à vigência da Constituição, em certos casos a não consecução de lei integrativa importa a limitação geral da disposição, havendo a mera declaração acerca da omissão que, em termos práticos, não traz sanção explícita, mas mero constrangimento.

Nas normas facultativas, a discricionariedade é completa, não havendo meios de censura política ou moral pela omissão já que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão pode ser utilizada, ainda que meramente de forma declaratória e com efeitos constritivos.

Atinente às normas definidas por José Afonso da Silva como declaratórias de princípios programáticos, traz a conceituação de Pontes de Miranda como ponto de partida:

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 estes ditames que são como programas dados a sua função. (SILVA, 1998, p. 137).

E complementa, por meio de sua própria classificação, esta conceituação:

[...]podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-se os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 1998, p. 138).

As normas constitucionais de eficácia limitada do tipo declaratórias de princípios programáticos são normas que traduzem, segundo o referido autor, objetivos socio-ideológicos da Consituição, traduzindo o sentido geral da ordem jurídica e sendo atribuídas, em regra, aos direitos sociais – aqui compreendidos de forma abrangente com a inclusão dos direitos culturais, econômicos, financeiros.

Relativo ao aspecto de concretização, são dotadas de um certo caráter abstrato e incompleto, conquanto caracterizam-se pela nuance principiológica de objetivos calcados na ideologia da justiça social e democracia.

A definição dada para as normas constitucionais de eficácia limitada do tipo programáticas de José Afonso da Silva são baseadas, segundo Oliveira (2012), nos ensinamentos dados por Vezio Crisafulli:

[...]aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhe incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes. (CRISAFULLI, 1952, p. 103-104 apud OLIVEIRA, 2012, p. 53).

Há que se destacar a diferença, no olhar de José Afonso da Silva, entre princípios políticos constitucionais - conformadores das ordens econômica e social - e normas programáticas.

Os primeiros estariam relacionados a vinculações que irradiam o ordenamento de valores e bens políticos valiosos à Constituição. Só seriam programáticos no sentido de definirem as bases dos fins e tarefas sociais enquanto objetivos e determinações de um programa a ser cumprido pelo Estado (SILVA, 1998, p. 143). Nesta esfera, seriam de eficácia plena e aplicabilidade imediata, uma vez que norteiam a intenção constitucional e, deles, não se pode distanciar quando da atividade hermenêutica interpretativa.

As normas programáticas seriam preceitos que tutelam situações subjetivas acerca de um princípio e exigem, sobretudo, atuação legislativa. Sua eficácia, então, dependeria da conexão com outras normas. (SILVA, 1998, p. 142).

Neste viés, José Afonso da Silva atribui as seguintes características básicas às normas de princípios programáticos:

I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômicos sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social; intervenção do Estado na ordem econômica; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura; à ciência e à tecnologia. II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências; III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos. (SILVA, 1998, p. 150).

Nos dizeres de Miranda (1970, p. 127), a legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a estes ditames que são como programas dados à sua função.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E OS IMPACTOS DA CLASSIFICAÇÃO TRIPARTITE DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

O termo “simbólico”, pela larga utilização nas diversas esferas de atuação humana, comporta uma ambiguidade semântica e cultural que obriga a delimitação estrutural de sua imputação.

Nestes termos, comporta acepções pelas visões sociológica, antropológica, filosófica, psicanalítica e, no contexto aqui utilizado, jurídica. Para fins de delimitação e dimensionamento de escopo, abordaremos de forma simplificada a visão filosófica – mais abrangente – e a psicanalítica, na visão freudiana – mais próxima daquela que se adotará para fins de determinação do que aqui se compreende por simbolismo jurídico.

Na concepção filosófica, não há distinção entre o simbólico e o ideológico e o termo é utilizado para indicar mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade, abrangendo

diversas esferas de uma atuação humana em sua construção cultural, conforme abaixo se depreende: “Toda cultura pode ser considerada como um conjunto de sistemas simbólicos em cuja linha de frente colocam-se a linguagem, as regras matrimoniais, as relações econômicas, a arte, a ciência e a religião.” (NEVES, 1994, p. 13).

A filosofia diferencia aquilo que é simbólico daquilo que é chamado de sinal. Sinais estariam relacionados a uma forma fixa e única com a coisa a que se refere e pertencem ao mundo físico do ser e os símbolos seriam universais e extremamente variáveis caracterizando-se pela versatilidade. (NEVES, 1994, p. 12).

Na visão Kantiana, o homem é tido como sujeito transcendental, construtor de sua realidade cognoscente, a partir da associação simbólica. E, na visão de Cassirer, o caráter transcendental é minimizado pela atribuição de uma conquista historicamente condicionada a partir de uma natural associação de símbolos. (NEVES, 1994, p. 12).

Relevante, contudo, para os objetivos aqui propostos é demonstrar o caráter amplo da concepção filosófica da acepção simbólica que não proporciona, de forma sistemática, entendimento do que se traduz aqui por simbologia jurídica.

Na esfera psicanalítica freudiana, em aproximação ao conceito semiótico em Jung, a relação simbólica é tida como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente – representação semântica clara da mais conhecida contribuição de Freud na interpretação dos sonhos. Para Freud, o sonho pode representar a manifestação disfarçada de um desejo reprimido. Nesta via, o desejo reprimido seria a representação do pensamento latente inconsciente oprimido pelo que existe, pelo que se é e pelo que se pensa conscientemente - pensamento manifesto consciente. (NEVES, 1994, p. 14).

Na esfera jurídica, em consonância com o entendimento de Marcelo Neves (1994, p. 25) e em paridade com a conceituação psicanalítica freudiana, o termo simbolismo representa o significado latente da legislação ou constituição prevalecendo sobre o seu significado manifesto normativo.

Para compreensão da extensão da afirmação, faz-se necessário definir a correlação das variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas. A variável instrumental implica uma relação meio-fim. Por meio de determinada ação, conscientemente alcança-se o resultado objetivado. Trata-se, nesta via, de expressão que denota a concretização, viabilização, pautabilidade. A variável expressiva, por sua vez, é caracterizada por uma confusão entre o agir e a satisfação da necessidade. A simbólica é determinada por seu sentido mediato/indireto

e latente: “Atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim e não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente.” (NEVES, 1994, p.26).

Em termos práticos, a variável simbólica representa a predominância daquilo que é não aparente (ou é encoberto) e é desejado, daquilo que é concretizado de forma palpável e efetivamente existe.

As noções de Direito Simbólico e Política Simbólica foram consagradas nas décadas de 1960 e 1970 – onde houve uma supervalorização do caráter simbólico do Direito atribuindo, de forma geral e irrestrita, a falta de intenção política-normativa de concretização de direitos e garantias.

Todavia, a visão abrangente desta consagração não é a que se pretende aqui, haja vista não se poder superestimar a função simbólica ou a instrumental normativa de forma generalista. É certo, contudo, delimitarmos que o simbolismo jurídico é a definição dada a uma norma constitucional ou infraconstitucional que produz efeitos sociais latentes mais relevantes que efeitos manifestos.

É evidente que a concepção trazida aqui está além da discussão de ineficácia das normas jurídicas. Neste ponto, faz-se mister destacar que a eficácia social deixada de lado por José Afonso da Silva na propositura da classificação tripartite das normas constitucionais é aqui resgatada. Isto porque, embora seja louvável a tentativa do referido autor em retirar de sua teoria a efetividade e ater-se à eficácia jurídica, não é possível falar desta desconsiderando ou considerando como esfera alheia, aquela. Efetividade e eficácia são duas faces de uma mesma moeda e analisá-las em separado não permite a compreensão de suas abrangências.

Retoma-se, contudo, aquilo que pode ter ficado abstrato nas linhas supra: a forma de manifestação de uma normatização simbólica. Conforme aduz Marcelo Neves (1994):

[...]poder-se-a classificar [...] a constitucionalização simbólica em três formas básicas de manifestação: 1) a constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; 2) a constituição como forma de compromisso dilatório; 3) a constitucionalização álibi. (NEVES, 1994, p.92).

Os dispositivos constitucionais que confirmam crenças e modos de viver de determinados grupos estariam no escopo da constitucionalização simbólica destinada à corroboração de valores sociais. Tais normas são comuns em Constituições que viveram períodos autocráticos significativos e tendem a querer firmar em norma sentimento social partilhado. Estas normas não comprometem a instituição constitucional básica e, a rigor, nem abrangem a denominação de constitucionalização simbólica que aqui se aborda.

A constitucionalização como forma de compromisso dilatatório é que apresenta normas que registram um anseio, mas não permitem que na prática este anseio seja satisfeito. Assim, nas relações de poder, quaisquer forças políticas contrárias podem se valer do mesmo dispositivo sem que haja interpretação convincente. Trata-se de normas que são postas para atender exigências contraditórias, impedindo uma decisão objetiva sobre o assunto e servindo, como o nome propõe, para adiar esta decisão. (NEVES, 1994, p. 93).

A Constituição álibi, forma de constitucionalização simbólica propriamente dita, é a que tem o maior poder de comprometer todo um sistema constitucional. Neste tipo de constitucionalização, o próprio texto constitucional (constituente e reformador) serve:

[...]como álibi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para os detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal. [...] e como 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, 1994, p. 95).

São nas designadas normas constitucionais de princípios sociais – normas de eficácia limitadas – que, conforme aduz Neves (1994, p. 103-104), o caráter hipertroficamente simbólico da linguagem constitucional vai apresentar-se de forma mais marcante e o impacto da classificação de José Afonso da Silva se mostra mais evidente.

É cediço que a Constituição, por meio de determinadas normas, prevê programas finalísticos. Contudo, esta previsão não pode ser destituída da concretização da realidade social. Equivalente a afirmar que tais normas não podem e nem devem ser encaradas sob o prisma da aplicabilidade mediata, sob pena de dilatar-se infinitamente a efetividade das proposições constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, incutida numa visão constitucionalista-democrática e, no âmbito do papel da Constituição de concretização dos direitos fundamentais aqui tratados, fica evidente que se faz impossível a distinção de eficácia e efetividade – tão cara à classificação tripartite de José Afonso da Silva que buscou limitar sua análise à primeira.

A classificação do autor, ao conferir aplicabilidade mediata às normas constitucionais de eficácia limitada - em especial, as normas programáticas - oferta ao Poder Público a possibilidade iminente de não conferir-lhes aplicabilidade sob pretexto da

necessidade de atuação legislativa para consolidação do direito. Conforme aduz Neves: “A própria noção de programa implica a realizabilidade no contexto social das expectativas e comunicações que ele se propõe a direcionar ou reorientar.” (NEVES, 1994, p. 103).

Não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático. A falta de concretização normativa estaria, muito além, vinculada à intenção de manutenção das atuais relações de poder. É que, ao cabo, as realizações dos dispositivos programáticos implicariam, necessariamente, em uma verdadeira transformação social e política.

Urge a edificação de uma visão mais atenta às dinamicidades e complexidades atuais, bem como a completa exclusão da adoção da visão clássica no campo jurídico, sob pena de adiamento retórico e eterno da realização do modelo constitucional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy, **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933, v.2.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade e de suas Normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria e editora Renovar Ltda, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 21. ed. 1. vol. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizione di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0->

[ria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)>. Acesso em: 07 set. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. 1. vol. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1997.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**, Tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos Editora, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, **Inocência Mártires** e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. **Evolução constitucional européia**. Tradução de Marina Godoy Bezerra. Rio de Janeiro: José Konfine Editor, 1957.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. **A aplicabilidade das normas constitucionais e a efetividade da constituição: uma desconstrução das tradicionais classificações das normas constitucionais quanto à sua eficácia, fundada nas teorias estruturantes do paradigma do Estado Democrático de Direito**. 2012. 162 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraBAI_1.pdf> Acesso em: 07 set. 2015.

OMMATI. José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

SICHES, Luís Recaséns. **Tratado general de filosofia del derecho**. 6. ed. Mexico: Porrúa, 1978

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998.

TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles, **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.