

EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

ROBERTO ROSAS

1. A aprovação de uma Constituição esgotaria o ciclo de sua elaboração e por isso, ela estaria apta a produzir seus efeitos, com forças de produzir alguma coisa, portanto eficácia que significa ter efeito, próprio de sua etimologia *efficax*, aquilo que opera, executa. No entanto, nem sempre o encerramento do ciclo constituinte impõe a imediata eficácia das normas constitucionais.

2. Antes de mais nada levamos em conta, no Brasil e na Argentina, um dogma; qual seja – a supremacia constitucional, inserida no preambulo da carta argentina – decretamos e estabelecemos a Constituição para a Nação Argentina, disseram os representantes do povo em 1853, e está arraigado no constitucionalismo brasileiro que a Constituição está acima de todas as leis. Não convivem as leis ordinárias ou as leis estaduais (provinciais) no mesmo plano da norma constitucional. Esta é supra e as demais normas são infraconstitucionais. Diz mais a Constituição argentina no título Supremacia da Constituição, que esta está acima das leis (art. 31).

3. Supremacia constitucional é o princípio máximo do direito público, acima de todas as outras normas, com a preeminência das normas constitucionais, o que levou Barthélemy, Duez e Hauriou a denominarem a supremacia da Constituição ou a superioridade da Constituição como quer MC Bain, ou a *higher law background* do direito Constitucional norte-americano. A Constituição retira do seu conteúdo – a supremacia. Entretanto, Augustin Gordilho, em livro publicado no Brasil (Princípios Gerais do Direito Público. RT, 1977, pg. 94) mostra que essa supremacia constitucional depende da necessária imperatividade. Por isso, o encerramento do ciclo constituinte nem sempre dá eficácia à norma constitucional, por ser necessário o início da vigência da norma constitucional, para dar existência à norma jurídica. É comum o lapso de tempo entre a promulgação e a vigência da norma constitucional, não somente toda a Constituição, como também, de alterações constitucionais. A

vacatio ocorreu com a Constituição italiana de 1947, entre a aprovação pela Assembléia e a posterior promulgação. A Constituição brasileira de 1967 teve *vacatio* entre a promulgação e a entrada em vigor. No decorrer da *vacatio* uma lei pode estar incompatível com a Constituição em vigor, porém, compatível com a nova Constituição. Essa lei é inconstitucional.

3. Vê-se, então, que a eficácia, isto é, tornar eficaz a norma constitucional depende da vigência para torná-la eficaz. Mesmo assim, ainda que vigente a norma constitucional deve ser aplicável, tanto que eficácia e aplicabilidade são temas conexos. Se falta eficácia, não há aplicabilidade, e assim possibilidade de aplicação, a norma passível de produção de efeitos jurídicos.

Carlos Cossio, em seu livro *Teoria de La Verdad Jurídica* (pg. 180) acentua, para referir a existência do Direito, que se recorre a expressões como positividade, eficácia, vigência, efetividade, tudo sinônimos. Cossio reduz a duas expressões: validade e vigência do Direito. No entanto, Aftalión volta à terminologia *vigência e eficácia*.

4. Veremos que as normas constitucionais não têm a mesma eficácia. Indicam princípios, apontam formas, remetem à legislação ordinária. No entanto, certas normas surgem plenas de conteúdo.

5. Necessário, portanto, examinar a carga de eficácia das normas constitucionais, partindo da tradicional doutrina que dividia as normas constitucionais entre disposições sem aplicabilidade, também chamadas de meramente programáticas, ou então, norma auto-aplicável ou norma não auto-aplicável.

Na doutrina italiana estabeleceu-se que a norma pragmática tem sua eficácia entregue ao legislador. Ela não é auto-aplicável, não tem eficácia própria.

As normas preceptivas têm aplicabilidade imediata, e outras normas ainda preceptivas sem aplicabilidade imediata.

5. Foi o jurista italiano Vezio Crisafulli que, em 1952, ao editar seu livro – *La Costituzione e le sue Disposizioni di principio*, deu novo caminho à eficácia das normas constitucionais, influenciando a doutrina brasileira, e mostrando que a antiga orientação inclusive italiana, acima mencionada, estava ultrapassada.

Para Crisafulli as normas constitucionais são apreciadas pela sua eficácia.

A norma programática tem eficácia normativa ainda que dirigida aos órgãos legislativos. Elas são inferiores às normas plenas. Há uma relação vinculativa entre essas normas programáticas e o legislativo. No entanto, há normas não programáticas não aplicáveis imediatamente por razões técnicas, porque ainda sem integração, e outras programáticas com indicação da lei necessária, como faz a Constituição argentina nos direitos sociais – o trabalho

em suas diversas formas gozará da proteção de leis, que assegurem ao trabalhador condições dignas e equitativas de trabalho, jornada limitada, etc. (art. 14), como aliás faz a Constituição brasileira. (art. 7º)

Crisafulli acentua que a norma constitucional de eficácia plena opera imediatamente, independe do legislador ou do Judiciário, exemplo brasileiro – todo poder emana do povo, e em seu nome é exercido, ou argentino – a nação argentina adota a forma representativa republicana federal (art. 1º).

A norma constitucional de eficácia contida depende do legislador, porque a Constituição a submete aos termos da lei. Na Constituição brasileira há muitas hipóteses, com a remessa à lei ordinária ou lei complementar, e a Constituição argentina diz que as autoridades residem na cidade que se declara capital da República, por uma lei especial (art. 3º).

A norma de eficácia limitada exige do legislador a sua aplicabilidade, estando neste caso, a norma programática.

6. A eficácia da norma constitucional depende substancialmente da garantia da Constituição, e de sua supremacia, e isto, é essencial na compatibilidade entre as leis ordinárias e a própria Constituição, ocorrendo com o chamado controle da constitucionalidade das leis.

O sistema de controle da constitucionalidade das leis por um órgão político não encontra eco na atualidade. O chamado "Senado Conservador" (*sénat conservateur*) instituído pela Constituição francesa de 1779 dava a esse órgão o juízo da constitucionalidade.

Esse órgão foi manietado pelo Executivo, e a idéia de Siéyes morreu, para vingar, do século passado para cá, o controle judicial da constitucionalidade das leis, apoiado na célebre decisão da Suprema Corte americana de 1803 – o caso *Marbury versus Madison*, na pena de John Marshall, verdadeira construção pretoriana, porque a tanto não chegava a Constituição americana. Marshall tirou do art. III – O poder judiciário estender-se-à a todas as causas, de direito e equidade, que nascerem desta Constituição ou das leis dos Estados Unidos – arremata a Carta Americana. Não se fala em validade ou não das leis.

Na Alemanha de Weimar em 1919 criou-se o Tribunal Constitucional (arts. 19 e 108) para dirimir os chamados conflitos constitucionais. Já a Austrália, em 1920, por inspiração de Hans Kelsen, adotou a Corte Constitucional, como Tribunal Constitucional diferente dos tribunais ordinários. Essa Corte verifica a constitucionalidade das leis estaduais ou as leis federais.

A Constituição brasileira de 1824 não editou normas sobre o controle da constitucionalidade das leis, porque o Legislativo suspendia ou revogava as leis (art. 15), bem como velava na guarda da Constituição. Acresce ainda, que a doutrina do controle da constitucionalidade, era desconhecida em grande

parte do mundo jurídico, porque a decisão da Suprema Corte americana, capitaneada por John Marshall, foi de 1803, porém, essa notícia chegara ao Brasil informada a Ruy Barbosa, que a inseriu no art. 59 da Constituição de 1891, atribuindo ao Supremo Tribunal julgar da validade de leis ou dos atos do Governo em face da Constituição. Permitiu-se, então, no Brasil o controle judicial da constitucionalidade das leis. Por essa regra, tanto os tribunais estaduais, quanto o Supremo Tribunal podiam examinar a validade de leis diante das Constituições.

Já a Constituição de 1934 não teve mais dúvidas sobre o controle, e previu a necessidade de declaração de inconstitucionalidade por maioria absoluta, e a suspensão da execução do diploma considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV). A Constituição de 1934 adiantou mais, permitindo o controle mediante provocação do Procurador Geral da República, quando os princípios constitucionais (forma republicana representativa, temporariedade das funções eletivas, garantias dos poderes, etc) não fossem obedecidos por lei estadual. Nesse caso, a intervenção federal no Estado somente ocorreria após o exame do Supremo Tribunal, por provocação do Procurador Geral da República.

A possibilidade do controle continuou com a Constituição de 1946, e ampliou-se com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que deu no Procurador Geral da República a atribuição de formular representação ao Supremo Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Este o ponto máximo do controle da constitucionalidade no direito brasileiro. Vejamos então, a relevante posição do Procurador Geral da República no processo de declaração de inconstitucionalidade pela chamada via direta.

Na atual Constituição ampliam-se as legitimidade para declaração de inconstitucionalidade, reservada exclusivamente então, ao Procurador Geral da República. No atual texto podem pedir a declaração de inconstitucionalidade da lei – os partidos políticos, os Governadores, as Assembléias estaduais, e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, entre outros. Essa ampliação atendeu a reclamos da classe jurídica, por que sendo o Procurador Geral da República ocupante de cargo demissível *ad nutum*, sempre especulava-se da sua não boa vontade em agir contrariamente ao Governo.

Vê-se então, que o controle da constitucionalidade tem como fundamento básico preservar a supremacia da Constituição, impedindo seu desvirtuamento ou seu desprestígio diante da legislação ordinária.

Para tornar eficaz a norma constitucional é necessário manter a integridade da sua disposição, por isso, no controle da constitucionalidade mantém-se a presunção da validade da norma constitucional, e a adequação da norma

infraconstitucional a seus princípios, procurando adaptar a lei ordinária à Constituição, que está na seara do controle, e não no âmbito da simples interpretação. A norma legal pode ter mais de um sentido, e somente uma delas é constitucional, mas é possível compatibilidade entre a interpretação válida e a Constituição.

Para a Corte Constitucional italiana não é possível julgar da legalidade constitucional de uma norma sem estabelecer-se o conteúdo e o alcance. Como explica Mauro Cappelletti – a norma de lei ordinária é o *factum* que se submete ao Juiz constitucional a fim de que julgue da legitimidade.

O Supremo Tribunal, no Brasil, tem aplicado o princípio da interpretação conforme a Constituição, para fazer sobreviver a norma legal, não ostensivamente oposta à Constituição, mas passível de sobrevivência. Ao analisar lei federal sobre a escolha dos reitores das universidades federais, reputou essa lei constitucional para essas universidades federais, e inaplicável às universidades estaduais. Duas interpretações diante da Constituição.

7. A vigência da norma constitucional termina com a emenda, reforma ou revisão. Essas três situações colocam ponto final a determinado texto, seja de toda a Constituição, seja de parte. É clara a obediência ao chamado Direito Constitucional Processual dentro dos quadros institucionais, não se esquecendo os processos anormais de institucionalização do poder que trazem normas constitucionais, nem sempre ortodoxas na sua gênese.

8. O tema eficácia da norma constitucional é fundamental na Constituição brasileira.

Muito discutiu-se na Assembléia Constituinte (1988) se ela deveria exaurir sua atividade com a elaboração da Constituição, e extinguir-se com a convocação de novas eleições. Preferiu-se eleger um Congresso e chamá-lo à elaboração da Constituição, que elaborou o texto e entrou em vigor imediatamente, sem *vacatio*.

A Constituição brasileira trouxe dois institutos ligados à eficácia da norma constitucional: o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre quando o legislador não implementa condições para tornar efetiva a norma constitucional. O legislador omite-se na elaboração dessa norma. Por isso, o indivíduo, titular de um direito inscrito na Constituição, porém, sem a norma legal ordinária, pode pedir ao Judiciário que lhe dê aquele direito, que deveria estar inserido na lei ordinária ou complementar. Para isso, perante o Supremo Tribunal vai ser requerida a declaração de inconstitucionalidade por omissão. Assim fazendo, a Corte Suprema solicita ao Poder Legislativo a edição da norma correspondente.

Já o mandato de injunção tem a mesma finalidade, porém, seu âmbito é individual, e não *erga omnes*. O indivíduo pede o reconhecimento desse direito para si.

Com a nova Constituição, como sobrevivem as normas legais anteriores? As leis anteriores serão questionadas diante da nova Constituição. Aquelas não contrárias, serão aceitas. Kelsen não considera correto que as leis ordinárias continuem válidas, e sim recebam o suporte, ou apoio à validade na nova Constituição, expressa ou tacitamente. É a recepção. A nova Constituição adota as leis anteriores.

Para Karl Schmidt, com a vigência da norma constitucional anterior como lei ordinária, ocorre a chamada desconstitucionalização. É necessário, entretanto, o alcance da nova norma constitucional, se ela adota tal orientação, portanto, como ocorre em geral, as normas anteriores são revogadas expressamente.