

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS RELATIVAS A DIREITOS SOCIAIS

ESTÊVÃO MALLET (*)

"Les hypothèses précises referent presque à coup sur une part d'erreur à côté d'une part de vérité. Cette dernière partie, si elle exist, fait seulement partie d'une proposition plus générale à laquelle il faudra revenir un jour" (Pierre Curie, *Oeuvres*, Paris, 1908, XIII)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aplicabilidade como eficácia jurídica; 3. Precedentes históricos; 4. Revisão de conceitos; 5. Eficácia mínima das normas constitucionais; 6. Eficácia invalidante; 7. Aplicabilidade das normas constitucionais sobre direitos sociais.

1. Com a promulgação ainda recente de um novo texto constitucional, adquiriu considerável importância o problema da aplicabilidade das disposições nele contidas, problema esse que não se resolve apenas através da assertiva simplista por vezes formulada de serem desde logo plenamente aplicáveis todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tal como consta do § 1º, do art. 5º, da vigente Carta Magna. É preciso estabelecer, de modo preciso, o significado e o alcance dessa aplicabilidade imediata, evitando-se com isso, quando não equívocos conceituais, por si só graves, ao menos a persecução precipitada de direitos ainda inexigíveis.

2. O problema da aplicabilidade das normas constitucionais, aqui ventilado, relaciona-se com a possibilidade de sua atuação⁽¹⁾, ou seja, com a eficácia jurídica destas, não se confundindo, pois, com a eficácia social do comando, vinculada à circunstância "de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos."⁽²⁾ A aplicabilidade decorre, pois, da simples incidência da norma, que nada tem com a sua observância. Trata-se, no dizer expressivo de Pontes de Miranda, de "fato do mundo dos pensamentos"⁽³⁾ para o qual é irrelevante o que se passa no mundo dos acontecimentos.

Pouco importa à aplicabilidade, portanto, o atendimento que porventura a norma alcance no grupo social. Ainda que desobedecida ou inobservada será aplicável a regra desde que se mostre apta a produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos decorrentes de sua incidência. Alto como a prancha da máquina de impressão a que se referia Pontes de Miranda,⁽⁴⁾ que, caindo sobre os fatos, dá-lhes colorido, fazendo-os jurídicos.

(*) Estêvão Mallet é Advogado e Professor de Direito do Trabalho das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo.

(1) Afonso da Silva, José, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", págs. 55/56, 2ª ed., RT, 1982.

(2) Kelsen, Hans, "Teoria Pura do Direito", pág. 29, 6ª ed., Armênio Amado, 1984.

(3) "Sistema de Ciência Positiva do Direito", pág. 277, Tomo II, 2ª ed., Borsoli, 1972.

(4) "Tratado de Direito Privado", pág. 6, Tomo I, 3ª ed., Borsoli, 1970.

Que esses efeitos jurídicos produzidos pela norma possam vir a não ser atendidos é circunstância irrelevante para a incidência desta, que com isso não sofre prejuízo algum. O atendimento do comando contido na norma é momento subsequente ao da aplicação, não havendo como condicionar o primeiro à ocorrência deste último. A incidência da norma não é falha; o que pode ou não falhar é o atendimento a ela. Onde se mostrar imprópria "toda teoria que ligue ao reconhecimento da regra jurídica a sua força de incidência, ou de aplicação."⁽⁵⁾

E nesse equívoco incorreu boa parte da doutrina, do que dá mostra, de maneira bastante expressiva, Bobbio ao dizer que "il problema dell'efficacia di una norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta ... e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall'autorità che l'ha posta."⁽⁶⁾ Prossequindo nessa mesma linha, remata o citado autor observando que "la ricerca per accertare l'efficacia o l'inefficacia di una norma è una ricerca storico-sociologica, che si rivolge allo studio del comportamento dei membri di un determinato gruppo sociale, e che si differenzia sia della ricerca più tipicamente filosofica intorno alla giustizia, sia da quella più tipicamente giuridica intorno alla validità."⁽⁷⁾

Na verdade, incidência ou eficácia jurídica e atendimento ou eficácia social são conceitos diversos, que devem, para a boa compreensão do problema da aplicabilidade das normas jurídicas, ser distinguidos, sob pena de se inviabilizar o estudo científico da matéria.

A aplicabilidade, repita-se, há de ser tomada como a simples aptidão da norma para, incidindo sobre a hipótese prevista, produzir os efeitos jurídicos pertinentes, pouco importando sejam ou não atendidos tais efeitos.

Assim, será juridicamente eficaz e, portanto, aplicável, a norma que revogue, segundo os princípios traçados pela teoria geral do direito, outra disposição legal, ainda que no plano dos fatos não se produzam os efeitos dessa revogação decorrentes, por continuarem os indivíduos a observar as prescrições da disposição suprimida. Pelas mesmas razões, não terá eficácia jurídica, como norma legal, a lei já promulgada, mas ainda não publicada,⁽⁸⁾ mesmo que o comando nela contido receba, antes da publicação, aceitação no grupo social.

E sob esse prisma afigura-se inaceitável a colocação da aplicabilidade das normas jurídicas como problema de fenomenologia do direito, ligado à sociologia jurídica,⁽⁹⁾ impondo-se, isso sim, sua vinculação apenas à epistemologia jurídica.

3. Superado esse ponto, e sedimentado o conceito de aplicabilidade normativa, importa frisar que em tal assunto, os primeiros passos deram-se no direito norte-americano, com a distinção entre normas autoaplicáveis (*self-executing, self-enforcing, self-acting, self-operative*) e normas não auto-aplicáveis. As primeiras seriam, na clássica lição de Cooley, as que fornecem regras mediante as quais se pode fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto. Já as segundas apenas indicariam princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei."⁽¹⁰⁾

(5) *Idem*, pág. 11.

(6) Bobbio, Norberto, "Teoria della Norma Giuridica", pág. 38, Giappichelli, s.d.p.

(7) *Idem*, pág. 39.

(8) Nesse sentido, cf. Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967", pág. 182, Tomo III, Forense, 1967.

(9) Bobbio, *ob. cit.*, pág. 39.

(10) "A Treatise on the Constitutional Limitations", págs. 99/100, Little Brown and Co., 1890.

Tal distinção encontrou ampla ressonância na jurisprudência do país em causa, morecendo transcrição as considerações externadas em julgado da Suprema Corte do Estado de Minnesota, no caso *Willis v. St. Paul Sanitation Co. and Mabon*: "Se a natureza e a extensão do direito conferido, ou do encargo imposto, se acham definidas tão inteiramente no próprio texto, que, para as averiguar, baste só por só o exame, a inteligência dos próprios termos, e se na linguagem deles não há indício nenhum de que a matéria foi confiada à ação legislativa, então se deverá concluir que a disposição é executável por si mesma."⁽¹¹⁾

Essa doutrina chegou até nós através de Rui Barbosa, cujas palavras se produzem a seguir: "as normas auto-executáveis são ... as determinações, para executar, nas quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação."⁽¹²⁾ E acrescenta: "as determinações constitucionais, que apenas estabelecem princípios, não se podem executar, enquanto uma lei as não tornar executáveis, organizando-lhes esse mecanismo, de que a Constituição, no seu texto, os deixou destituídos."⁽¹³⁾

Tal diretriz refletiu-se também em outros autores, como é o caso de Pontes de Miranda que, tomando a classificação da tripartição das regras jurídicas em bastantes em si, não-bastantes em si e programáticas, adverte existir, na verdade, apenas uma dicotomia entre as duas primeiras espécies, visto como "tanto umas quanto as outras podem ser simplesmente programáticas."⁽¹⁴⁾ Mais adiante, caracteriza a regra bastante em si como aquela que se basta, por si mesma, para sua incidência, enquanto a regra não-bastante em si distingue-se pela necessidade de regulamentação, pois sem a criação de novas regras jurídicas, que a complete ou suplemente, não poderia incidir e, conseqüentemente, ser aplicada.⁽¹⁵⁾

Nessa mesma ordem de idéias, mas já sob o ponto de vista diverso, consideraram-se as normas constitucionais, por vezes, como preceptivas ou mandatórias e simplesmente programáticas,⁽¹⁶⁾ havendo mesmo quem negue a essas últimas qualquer eficácia jurídica, porque dirigidas apenas ao legislador.⁽¹⁷⁾

Trata-se de distinção semelhante à que se estabelece entre normas constitucionais materiais e formais,⁽¹⁸⁾ sendo as primeiras as que por seu objeto ou conteúdo relacionam-se efetivamente com o teor das Constituições, enquanto as últimas são aquelas que, a despeito de inseridas em texto fundamental, não dizem respeito à matéria constitucional.⁽¹⁹⁾ As normas apenas formalmente constitucionais encontrar-se-iam desprovidas da eficácia atribuída às demais normas constitucionais, sujeitando-se, inclusive, a revogação por ato das legislaturas ordiná-

(11) Apud. Barbosa, Rui, "Parecer, Ação Cível Originária", n. 7, In "Obras Completas", pág. 176, vol. XLII, MEC, 1964.

(12) Idem, pág. 169.

(13) Ibidem, pág. 178.

(14) "Comentários à Constituição de 1967", pág. 126, 3ª ed., Tomo I, Forense, 1987.

(15) Idem, pág. 126.

(16) Miranda, Jorge, "Manual de Direito Constitucional", pág. 16, 2ª ed., Coimbra Editora, 1983.

(17) Azzariti, Gaetano, "Problemi Attuali di Diritto Costituzionale", apud, Afonso da Silva, ob. cit., pág. 69.

(18) Francisco Campos, em clássico estudo, equipara as normas mandatórias às materialmente constitucionais e as programáticas às formalmente constitucionais. "Direito Constitucional", pág. 392, Tomo I, Freitas Bastos, 1956.

(19) Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, "Curso de Direito Constitucional", págs. 10/11, 17ª ed., Saraiva, 1989.

rias, tal como se via, por exemplo, na Carta Política do Império, cujo art. 178, preceituava: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias."

E a tal ponto chegou o apego a essas distinções, especialmente a por último assinalada, que Pimenta Bueno não hesitou em tratar de errônea a pretensão de equiparar, quanto à importância e ao caráter, todas as disposições constitucionais.⁽²⁰⁾

4. Mesmo sendo tradicional essa doutrina, que pretende negar eficácia ou aplicabilidade a certas normas constitucionais, não escapou ela a críticas, decorrentes principalmente da idéia de que não há norma jurídica alguma desprovida por completo de eficácia.

Essa verdade já fora sentida até por Rui Barbosa ao observar 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, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos."⁽²¹⁾ De fato, é imanente à condição de norma jurídica, integrante de uma instituição, um mínimo de força e coerção, ainda que apenas indireta, consoante ressalta Santi-Romano.⁽²²⁾

Daí não ter valor algum a distinção entre normas constitucionais materiais ou formais, mandatórias ou programáticas, que briga, de maneira frontal, com o regime da Constituição rígida, em vista do qual "são indiscutivelmente constitucionais todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual for o seu conteúdo ou natureza."⁽²³⁾ Com efeito, se o próprio conceito de Constituição, como a lei suprema elaborada pelo Poder Constituinte, é essencialmente formal, "não cabe discutir o conteúdo ou objeto das normas que se encontram no instrumento",⁽²⁴⁾ pretendendo com isso negar eficácia ou valor a alguma delas.

Todas as disposições elaboradas para vigor como lei suprema integram o conceito da Constituição, participando, em consequência, indistintamente do caráter obrigatório e supremo desta, pouco importando a natureza da matéria tratada.⁽²⁵⁾ Mostra-se, pois, impossível distinguir, numa Constituição, "cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa."⁽²⁶⁾

Reconhece-se, dessarte, possuírem todas as normas constitucionais - como aliás quaisquer normas jurídicas - alguma eficácia, já que sempre irradiam efeitos jurídicos, impondo-se, em vista disso, que qualquer distinção, para ser válida, tome em conta apenas a intensidade variável dessa mesma eficácia.

Surgem assim, as classificações que passam a agrupar as normas constitucionais em normas de eficácia direta ou de eficácia indireta⁽²⁷⁾ ou, ainda, em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada,⁽²⁸⁾ estando implícita em

(20) "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", pág. 480, Senado Federal, 1978.

(21) Ob. cit., pág. 170.

(22) "Principii di Diritto Costituzionale Generale", pág. 85, 2ª ed., Giuffrè, 1947.

(23) Campos, Francisco, ob. cit., pág. 392.

(24) Bittencourt, C. A. Lúcio, "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis", pág. 59, 2ª ed., Forense, 1968.

(25) Idem, pág. 59.

(26) Buzald, Alfredo, "Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", Rev. Forense, 179, 14-37, 1958.

(27) Zagrebelsky, Gustavo, "Manuale di Diritto Costituzionale", pág. 104, vol. I, UTET, 1987.

(28) Afonso da Silva, ob. cit., pág. 72.

ambas as classificações o reconhecimento de serem as regras constitucionais sempre, de uma forma ou de outra, aptas desde logo à produção de efeitos jurídicos.

5. Esse mínimo de eficácia, presente em todas as normas constitucionais, inclusive nas programáticas, desdobra-se em diversos efeitos.

Traduz, em primeiro lugar, a aptidão de toda e qualquer norma constitucional de invalidar disposições contrárias ao seu enunciado, do que se segue, ainda, a proibição de que sejam promulgadas regras legais conflitantes com esse mesmo enunciado.⁽²⁹⁾

Bem exprime esse efeito a Constituição portuguesa que, explicitando o que se contém em todas as demais Cartas Políticas estabelece, em seu art. 3º, n. 3, verba: "A validade das leis e dos demais atos do Estado ... depende da sua conformidade com a Constituição."

Por outro lado, atuam as disposições constitucionais de qualquer natureza como elementos sistemáticos de integração e interpretação de outros preceitos constitucionais ou mesmo da legislação ordinária porventura existente. "Assim - observa Vieira de Andrade - as normas legislativas que contêm ou contactam com os direitos fundamentais devem ser interpretadas criticamente em função do sentido das normas constitucionais respectivas."⁽³⁰⁾

Finalmente, os preceitos da Constituição fixam, de modo solene, os critérios que não de norte a legislação, donde decorre não apenas a submissão do legislador a esses critérios, como ainda, e principalmente, a obrigação imposta também ao legislador de dar cumprimento ao que se estabeleceu constitucionalmente. Por força disso é que se encontra o legislador comum de imediato vinculado à Constituição, tal como dispõe, de forma eloqüente, a Lei Fundamental de Bonn, cujo art. 3º, esclarece serem os direitos fundamentais nela previstos "preceitos jurídicos ... que vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial."

Para a produção de qualquer dos efeitos acima referidos não demandam as normas constitucionais nenhuma atividade legislativa posterior, bastando, para tanto, a entrada em vigor do texto respectivo.

6. De todos os efeitos assinalados, porém, o que mais rapidamente se manifesta, fazendo-o, ainda, de maneira mais abrangente, é o primeiro deles, traduzido na aptidão de qualquer norma constitucional de invalidar as disposições contrárias ao respectivo enunciado. Deste efeito dependerá a sobrevivência ou não, na nova ordem constitucional, de toda legislação ordinária anterior, visto como havendo alguma incompatibilidade, seja ela direta ou não, desaparecerá *ipso facto* a norma ordinária discrepante, com a simples entrada em vigor da nova Constituição, independentemente de qualquer ato de vontade ou declaração dirigida a esse fim.⁽³¹⁾ A eficácia invalidante da norma constitucional, tanto a escrita como a não escrita,⁽³²⁾ cortará a eficácia e a aplicabilidade da norma ordinária, impedindo que esta continue a produzir efeitos. Não serão atingidos - ficando, pois ressaltados - apenas os efeitos já produzidos antes da promulgação da Constituição.⁽³³⁾ Quanto ao mais, de nada valerá a norma revogada.

(29) Miranda, Jorge, ob. cit., págs. 219/220.

(30) "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", págs. 255/256, reimpresão, Alameda, 1987.

(31) Miranda, Jorge, ob. cit., pág. 251.

(32) Pontes de Miranda, ob. cit., "Comentários...", pág. 301, Tomo I.

(33) "A lei revogada pode, ainda, ser invocada pelos interessados quanto ao passado...", Pontes de Miranda, ob. cit., "Comentários...", pág. 598, Tomo III.

O problema que aqui surge é unicamente o de saber se para o reconhecimento judicial dessa revogação impõe-se também a observância das formalidades previstas para a decretação da inconstitucionalidade originária de lei ou ato normativo.

A questão não é nova e já foi largamente debatida no estrangeiro, por ocasião das reformas constitucionais ocorridas na Itália, na Alemanha e na Espanha, não se formando, todavia, consenso em torno do assunto.⁽³⁴⁾ Mesmo entre nós as opiniões divergem, e o STF, que no passado identificava a inconstitucionalidade superveniente com a originária⁽³⁵⁾ modernamente tem-na tratado como simples matéria de direito intertemporal, consoante se verifica da seguinte decisão: "Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente, não há que se cogitar ... de inconstitucionalidade, mas sim (e se for o caso), de revogação..."⁽³⁶⁾ Parece-nos, contudo, mais acertada a diretriz inicialmente assinalada, pois, como adverte Castro Nunes, o problema da inconstitucionalidade "é materialmente o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer se trate de lei posterior à Constituição. O exame situa-se, em ambos os casos, em verificar se pode subsistir a norma inferior em face da Constituição."⁽³⁷⁾ De rigor, assim, a observância, também para a decretação da inconstitucionalidade superveniente, das formalidades exigidas para a proclamação da inconstitucionalidade originária, representada, no direito brasileiro, pela regra do art. 97, da CF.⁽³⁸⁾

7. Seja como for, o mais importante é ressaltar que o § 1º, do art. 5º, da Constituição, referindo-se à imediata aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, há de ser entendido na forma do exposto no item 5.

Essa aplicabilidade não significa, convém deixar claro, que tais normas criem, desde logo, direitos subjetivos, até porque, aplicabilidade e eficácia jurídica não se confundem com subjetivação ou exigibilidade, como por vezes se têm equivocadamente sustentado.⁽³⁹⁾

Na verdade, subjetivam-se, tornando-se pois exigíveis, apenas os direitos que se individualizam e se concretizam em determinada relação jurídica. As normas que a esse grau de subjetivação não podem conduzir, por insuficiência normativa, não possuem mais do que a eficácia anteriormente apresentada.

E certas normas constitucionais particularizam-se justamente pela criação apenas de situações subjetivas de simples vantagem, não chegando à criação de direitos subjetivos.⁽⁴⁰⁾

(34) Vide Miranda Jorge, ob. cit., pág. 249, nota 1.

(35) STF, Proc. RE n. 17.961, Rel. Min. Ozimbo Nonato, in DJU de 11.12.52, pág. 4.029.

(36) STF, TP, Rep. n. 1016/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julg. em 20.10.79, in RTJ 95(3): 993-1000, maio 1981.

(37) "Teoria e Prática do Poder Judiciário", págs. 602/603, Forense, 1943.

(38) Cf., dispensando a observância dessas formalidades no caso de inconstitucionalidade superveniente, Pontes de Miranda, verbis: "Se a legislação, que existia, era só estadual ou municipal e a Constituição tornou de competência federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrária à Constituição qualquer ato de aplicação dessa legislação. A maioria do art. 116 (atual art. 97), não é necessária." Ob. cit., "Comentários ...", pág. 597, Tomo III.

(39) "... sendo a norma constitucional que prevê o direito ao gozo de 120 dias de licença à gestante, de eficácia imediata, e tendo o direito natureza trabalhista, o ato do empregador que vise frustrar o gozo do acréscimo temporal, fere direito líquido e certo da gestante..." TRT-15ª Região, 2ª T., REO e RO-798/90, Rel. Des. Juiz Antônio Bosco da Fonseca, julg. em 17.7.90, in DJSP de 31.8.90, pág. 147.

(40) Crisafulli, Vezio, "La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio", apud, Afonso da Silva, ob. cit., pág. 157.

Entre essas normas encontram-se os direitos sociais, sendo freqüentes a insuficiente determinação de conteúdo de algumas de suas normas, dependendo, a exigibilidade das vantagens nela previstas, de concretizações jurídico-políticas, representadas pela ulterior atividade legislativa, pela existência de recursos disponíveis, pela prévia construção de estruturas de sustentação, etc. Daí serem os direitos sociais tratados como direitos de "densidade normativa reduzida",⁽⁴¹⁾ o que talvez explique a posição do constituinte espanhol que, ao cuidar da aplicabilidade dos direitos sociais, contentou-se com a assertiva de que estes apenas "informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos",⁽⁴²⁾ não obrigando, porém, nem mesmo esses últimos.⁽⁴³⁾

Por aí já se vê abundarem os direitos sociais que, conquanto dotados de aplicabilidade imediata, sendo, portanto, juridicamente vinculantes,⁽⁴⁴⁾ não possuem, todavia, desde logo, todos os elementos mínimos necessários à criação de direitos subjetivos, mostrando-se, pois, inexigíveis ou, melhor dizendo, "provisoriamente inexeqüíveis".⁽⁴⁵⁾

(41) Vieira de Andrade, ob. cit., pág. 311.

(42) Art. 53, n. 3.

(43) Caupers, João, "Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição", pág. 44, nota 66, Almedina, 1985.

(44) Vieira de Andrade, ob. cit., pág. 311. Cf., ainda, a Lei Fundamental de Bonn, citada anteriormente.

(45) Caupers, ob. cit., pág. 44. Nessa mesma linha, de modo expresso, é o art. 37, da Constituição da Índia, verbis: "Os preceitos incluídos nessa parte (preceitos relativos a direitos sociais) não são exeqüíveis através dos tribunais, mas os princípios aí assentes não são menos fundamentais para o governo do país e é dever do Estado aplicar esses princípios na legislação." Vieira de Andrade, ob. cit., págs. 302/303.