

Recebimento do artigo: 20/08/2007

Aprovado em: 31/01/2008

Gerson Amauri Calgaro

São Paulo, SP, Brasil

gerson_calgaro@uol.com.br.

Sumário

1 Introdução. 2 Aplicabilidade, efetividade: noções e alcance. 2.1 Aplicabilidade das normas. 2.1.1 Noções precedentes. 2.1.2 Noções conseqüentes. 2.2 Efetividade como realização. 3 Eficácia dos direitos fundamentais. 3.1 A eficácia das normas constitucionais e o problema da efetividade. 4 Conclusão. 5 Referências.

Mestre em Direito pelo UNIFIEO. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Advogado. Participante externo do Projeto Afirmação Histórica, problematização e atualidade dos direitos humanos, na Linha de Pesquisa I – Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material.

Resumo

Este trabalho discorre sobre teorias correntes acerca da aplicação das normas constitucionais, sobre o enfoque da eficácia e da efetivação dos direitos fundamentais e propõe forma alternativa de análise lógica deste problema, principalmente levando em conta os fenômenos da aplicação-eficácia-efetividade das normas. Para tanto, faz excursão pela dogmática da norma jurídica, momento em que propõe a separação lógica entre a aplicabilidade e a efetividade da norma, esta última como potência de realização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Aplicabilidade. Eficácia. Efetividade.

Abstract

This work is about current theories concerning the application of the constitutional rules, on the approach of the efficacy and effectiveness of the fundamental rights. It also suggests an alternative way of logical analysis of the problem, mainly taking in account the phenomena of the application-efficacy-effectiveness of the rules. Therefore, it discusses the dogmatic rules and proposes the logical separation between its applicability and its effectiveness, considering the effectiveness as the potential power to realize the fundamental rights.

Key words

Fundamental rights. Applicability, efficacy. Effectiveness.

168 **1 Introdução**

No campo dos direitos fundamentais, a partir de sua positivação, o problema da fundamentação e do reconhecimento desses direitos estava, se não resolvido, ao menos justificado e legitimado.

Com efeito, pode-se dizer [com Norberto Bobbio] que o problema do fundamento dos direitos humanos teve a sua solução atual na Declaração dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948¹.

Porém, não se trata de fundamentação absoluta mas, na medida em que cada caso concreto se apresenta, de buscar “os vários fundamentos possíveis”, na intenção de que, observadas as condições, os meios e as situações, “este ou aquele direito [possa] ser realizado”.

O grande pensador italiano, seguindo essa linha discursiva, em outra passagem, afirma:

Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua-se a falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de ‘direito’)².

Com isto, não se trata só de reconhecer, justificar e proteger os direitos do homem, mas também, de realizá-los.

Nesta linha de considerações, esse texto fixar-se-á em dois aspectos que implicam realização de direito fundamental – mas que não esgotam o tema – quais sejam: aplicação e efetivação dos direitos fundamentais.

2 Aplicabilidade, efetividade: noções e alcance

Poucos não são os trabalhos que discutem questões como as propostas, além de outras que lhes são intimamente relacionadas. Várias são as formulações utilizadas na Ciência do Direito para expressar “nascimento, vida e exaurimento das normas jurídicas”.

¹ **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 26.

² *Ibidem*, p. 67.

A norma jurídica, para cumprir sua prescrição, deve ser aplicável a um comportamento humano, para produzir o efeito esperado pelo ordenamento (jurídico e social).

A aplicabilidade da norma diz com a legitimidade de quem a dita, sua validade, vigência e eficácia - a produção de seus efeitos³; sua realização, com a efetivação. “Nascimento” e “vida”, no primeiro caso, “exaurimento”, no segundo.

Maria Helena Dinis adverte que os termos acima enumerados geram grande confusão, dada a proximidade conceitual que apresentam⁴.

Num primeiro momento, cabe o esforço para diferenciar os significados dos termos eficácia e efetividade.

Eficácia diz-se significar “virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz”⁵. Já a filosofia vê a eficácia como “o que produz o efeito para o qual tende”, ou de modo mais analítico, “propriamente precisa esta palavra ao restringir à ação de um ser que modifica um outro ser sem nada perder ou ceder da sua própria natureza ou do seu poder de agir ulteriormente”⁶.

A eficácia da norma está em produzir seus efeitos sem perder sua abstração, sua generalidade; em provocar alteração no mundo fenomênico – restabelecendo a paz social ao punir um ilícito, revisar um negócio jurídico para que se enquadre na bitola da função social – sem alterar sua substância.

Por efetividade, a seu turno, diz entende-se “caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo; faculdade de produzir efeito real; capacidade de atingir seu objetivo real; realidade verificável; existência real”⁷. Nicola Abbagnano, fala que efetivo “é o mesmo que real”⁸, enquanto André Lalande, expressa como “o que existe realmente, em oposição ao que só é possível”⁹.

³ “Aplica-se a lei, interpretando, diz Cossio. Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, como: Estará em vigor? Será válida ou legítima? Será apta a produzir os efeitos pretendidos, ou precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido? Em outras palavras: tem, ou não, eficácia?” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51).

⁴ **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48

⁵ **Dicionário eletrônico Houaiss**. Disponível em: <<http://www.uol.com.br>>.

⁶ LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

⁷ **Dicionário eletrônico Houaiss**. Disponível em: <<http://www.uol.com.br>>. O autor registra que a palavra teve sua primeira ocorrência só no século XX.

⁸ **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 306.

⁹ **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

A realização do direito é sua efetividade no exato momento em que a norma se concretiza, ou é individualizada pela interpretação e aplicação ao caso concreto; é a mutação lógica que extrai do enunciado normativo abstrato sua realização na norma individualizada.

Se a eficácia é a possibilidade de um efeito [abstração¹⁰], a efetividade, o efeito real [realidade].

Para além destes termos, outros, mais técnicos, carecem de esclarecimento. Neste diapasão, cabe fazer um pequeno excursão pela teoria geral do direito para expor o que se entende deva significar cada um desses outros termos, sem a pretensão de esgotamento de tão importante temática para não fugir ao enfrentamento do tema central.

2.1 Aplicabilidade das normas

Aplicabilidade, “no sentido jurídico”, informa-nos José Afonso da Silva, “diz-se da norma [jurídica] que tem possibilidade de ser aplicada”. E por aplicação, “atuação concreta da norma”¹¹.

Identifica-se o primeiro problema neste ponto. Saber se se aplica à norma ou se aplica ao direito.

Na esteira do que foi esclarecido acima, interpretar é reduzir a norma à sua preceituação mais concreta. “A norma é a interpretação do texto normativo”, pois o texto normativo é a linguagem que expressa uma norma em potência. A interpretação do texto normativo (objeto positivado do direito¹²) conduz à norma concreta, aplicável¹³.

¹⁰ Para utilizar termo mais moderno e mais preciso, a eficácia esta no campo da virtualidade, qualidade do que “existe apenas em potência e não em ato”. LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1217.

¹¹ **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13; 51. Em palavras de Carlos Maximiliano, “a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada” (**Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6).

¹² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 188. Esclarece o insigne professor das Arcadas: “quando surgem as estruturas normativas ou modelos jurídicos, eles se põem ou se positivam como realidade objetiva”. (grifos originais)

¹³ Francisco Amaral desenvolve raciocínio assemelhado: “aplicar a norma jurídica é, assim, enquadrar o fato concreto na hipótese legal (Tatbestand, fattispecie) [...]. Transporta-se para o caso particular a decisão que abstratamente a norma contém”. (**Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 82).

No magistério de Eros Roberto Grau, baseado nas lições de Gadamer,

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em **concretar a lei** em cada caso, isto é, na sua **aplicação**. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. **Interpretação e aplicação** consubstanciam um processo unitário, se superpõem¹⁴. (grifos originais)

Em conclusão: interpreta-se o direito; aplica-se a norma.

Num segundo passo, o problema a ser enfrentado é o de delimitar cada termo (legitimidade, validade, vigência, eficácia e eficiência) atribuindo-lhes noção¹⁵ com a intenção de reduzir suas significações a fenômenos distintos dentro do discurso proposto.

Para tanto, parte-se do fato “nascimento da norma” como premissa e linha de divisão principal, enfrentando o problema como precedentes e conseqüentes ao fato¹⁶. Cabe a ressalva de que a distinção ora proposta não exclui a possibilidade da descoberta de fenômenos que possam retirar a aplicabilidade¹⁷ da norma, após a

¹⁴ **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84, passim. Carlos Maximiliano vê a equação por outra medida, para ele a aplicação pressupõe a interpretação. (**Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 8). A interpretação é sempre ato de autonomia do intérprete, de modo que o jurista pode, em seu mister, proceder a uma interpretação sem estar vinculado a uma aplicação, pois “a operação do jurista não é só abstração. Não deve ele permanecer neste plano. Sua tarefa é, também, a de concreção” (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 81). Porém, só o intérprete autêntico produz a norma de decisão, como nos ensina Hans Kelsen.

¹⁵ Neste trabalho optou-se por se utilizar o termo noção ao termo conceito, como já se pode ver em outras passagens, pois não se tem a pretensão de construir um tratado sobre os problemas propostos, mas contribuir com o discurso jurídico, principalmente enumerando alguns dos problemas existentes no Direito. Para diferenciar os termos noção e conceito, nos dirigimos à Nicola Abbagnano: noção como “operação, ato ou elemento cognitivo em geral” e conceito como: “todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis”. (**Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 164 e 713). A sabedoria dos antigos já nos advertia: *ominis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim ut non subverti posset* - No direito civil, toda definição é perigosa porque é difícil que não possa ser alterada (D. 50, 17, 202; a versão é apresentada em: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 97)

¹⁶ Esta concepção tem apoio na afirmação de Miguel Reale, para quem “a fonte refere-se mais propriamente às condições de validade dos preceitos jurídicos postos por ela, ao passo que os modelos jurídicos, como conteúdo das fontes, representam a atualização ou projeção destas no espaço e no tempo sociais, no plano de eficácia, ou do procedimento”. (**Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. 3. tirag. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4)

¹⁷ Trata-se, principalmente, das formas de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, que se operam, em regra, após a autenticação de suas existências.

172 “autenticação” de sua existência; ao contrário, tem-se a intenção de traçar limites razoáveis entre os termos, como já anunciado.

2.1.1 Noções precedentes

O nascimento da norma¹⁸ dá-se com a sua promulgação, ato que lhe atesta a existência. Até este ato não há norma, há projeto, nos termos do artigo 66, e seus parágrafos, da Constituição Federal¹⁹, *verbis*:

Art. 66. A casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

(*omissis...*)

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

(*omissis...*) (Grifou-se)

Os atos que antecedem a promulgação, na fase de elaboração legislativa, devem observar procedimento estabelecido na Constituição Federal. Nesta fase destacam-se dois dos termos propostos a estudo que influenciarão a vida da norma: legitimidade e validade.

Por legitimidade deve-se entender “um atributo do Estado, que consiste na presença, numa parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade de recorrer à força”²⁰.

Não se deve, entretanto, confundir os conceitos de legitimidade e de legalidade. A discussão entre a legitimidade e legalidade toma como ponto de partida a idéia de relativização de justiça e bem comum e a conseqüente distinção entre a obediência obtida pela eficácia do poder e a obediência sustentada na autoridade da lei e do direito, lá a legitimidade, aqui a legalidade. Neste sentido, a legalidade, compreendida como um conjunto de leis hierarquizadas e escalonadas pelo Estado para regulamentar os setores públicos e privados da sociedade, apresenta-se como

¹⁸ Utiliza-se, aqui, norma como sentido genérico de lei. (RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 281-20). “Podemos referir a função legislativa como aquela de emanar estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei”. (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 241). (grifos originais).

¹⁹ A transcrição é apenas exemplificativa, por este motivo as omissões.

²⁰ BOBBIO, Norberto et. al. **Dicionário de política**. . 12. ed. Brasília: UNB; São Paulo: IMESP, 2002, v. 2, p. 675.

fundamental para eliminar o arbítrio pessoal dos que detém o poder, transmitindo segurança nas expectativas e garantindo o princípio da certeza jurídica.²¹

A legitimidade é conferida a certa ordem política por expressão da aceitação de sua Constituição, pressupondo “uma conformidade substancial com a idéia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico”, conferindo “legitimação aos respectivos titulares do poder político”²².

O problema é enfrentado por Eros Roberto Grau em minucioso estudo, no qual ele afirma:

Podemos afirmar que a norma jurídica [direito posto] é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social [direito pressuposto], a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado²³.

O mesmo autor, na seqüência do texto, anota que a legitimidade decorre do influxo entre poder [autoridade] e consenso social e que “o poder reforçado pela autoridade é capaz de elaborar normas jurídicas legítimas”. Em outra passagem, e aqui reside maior interesse, Eros Roberto Grau caracteriza dois critérios para caracterizar a ilegitimidade da norma jurídica: se ilegítimo o poder de onde a norma emerge, ou se falta ao poder, autoridade. Ligado ao segundo critério, o autor estabelece dois momentos para a descoberta da ilegitimidade: originário ou superveniente.

A **ilegitimidade originária** é conseqüência ao equivocado e impreciso exercício da atividade de elaboração da norma jurídica: há carência de autoridade na sua formulação; os dados sociais não são devidamente recolhidos ou aplicados àquela formulação; a norma posta é adversa ao **direito pressuposto**.

A **ilegitimidade superveniente** caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo **imobilidade relativa das normas de direito posto x progressão contínua das realidades sociais**, a partir de determinado momento passa a figurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao **direito pressuposto**. (grifos originais)

²¹ FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 40; 78, passim.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1275.

²³ **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86-93.

Donde que a emissão de uma norma por quem não detenha legitimação não terá aplicação sobre dado ordenamento jurídico, pois lhe falta o reconhecimento jurídico e social.

Como afirma Miguel Reale,

Quando uma lei, uma sentença, um costume ou um negócio jurídico são produzidos de acordo com os parâmetros superiores que disciplinam sua elaboração, eles **adquirem juridicidade**, determinando o que pode e deve ser considerado 'de direito' por seus destinatários. [...] é inseparável o conceito de **fonte** da idéia de **obrigatoriedade** das normas por ela enunciadas, e essa obrigatoriedade inexistiria se não houvesse um **poder** (legislativo, costumeiro, jurisdicional, negocial) capaz de instaurar vínculos de caráter coercitivo²⁴. (grifos originais)

A validade requer maior atenção. Tradicionalmente a validade é vista sob os mais diversos aspectos, sendo equiparada, por vezes, à eficácia e à vigência da norma²⁵, que neste estudo, estão ligados a um outro momento fenomenológico da “vida” da norma.

Norberto Bobbio vê a validade como problema da existência da norma, em suas palavras: “o problema da **validade** é o problema da **existência** da regra enquanto tal, independente do juízo de valor, sobre ela, ser justo ou não”²⁶. (grifos originais)

Para Hans Kelsen, a validade da norma é obtida de uma norma fundamental que lhe é superior e que resulta de “um ato especial de criação”, como norma posta, numa “construção escalonada” da ordem jurídica²⁷.

Deste modo, a validade da norma diz com sua gestação e nascimento. Qualquer vício na elaboração da norma, ou sua incompatibilidade, desde a origem, com outras normas que lhe sejam superiores, acarretará em sua invalidade, *ab ovo*.

Por este motivo, fala-se em validade formal e validade material de norma jurídica. Validade formal consubstanciada na observação compulsória das competências e dos procedimentos (*due process of law*) para a sua elaboração²⁸. Validade material, se o conteúdo de uma norma posta for incompatível com as normas que lhe são superiores²⁹.

²⁴ **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. 3. tirag. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14-5

²⁵ Norberto Bobbio fez elucidativo inventário sobre a questão, sob o sugestivo nome: “Possíveis confusões”. (**Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 51-5).

²⁶ **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 46.

²⁷ Teoria pura do direito. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 221; 224, *passim*.

²⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 105-112; DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48-9.

²⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64.

O controle de legitimidade e de validade das normas, no ordenamento jurídico brasileiro, está coerentemente desenvolvido, constituindo linhas gerais por uma fase extrajudicial e política³⁰, em que o controle se dá pelo veto presidencial ao projeto de lei e pela sustação de ato pelo Congresso Nacional³¹, e por uma fase judicial, seja através de um controle difuso de legalidade e de constitucionalidade, seja através de controle concentrado de inconstitucionalidade.

Os casos de antinomia, quando identificados, não implicam a declaração da invalidade da norma pelo intérprete autêntico, pois as normas antinômicas são, por definição, válidas, mas tão somente na não aplicação da norma conflitante a um caso concreto dado.

2.1.2 Noções conseqüentes

Se a legitimidade e a validade são fenômenos antecedentes à existência da norma, a vigência e eficácia são conseqüentes dessa existência.

Não basta ao Estado criar a norma respeitando a legitimidade e a validade para que ela se torne obrigatória; estes dois critérios são pressupostos de existência da norma.

A obrigatoriedade da norma decorre de sua publicação³².

Diz-se, portanto, que a norma, após sua publicação, e vencido o prazo que ela mesma, ou o ordenamento, conferem aos seus destinatários como *favor legis* antes da submissão³³, adquire vigor³⁴. Vicente Ráo trata do tema sob os seguintes argumentos:

Elaborada e aprovada pelo Poder Legislativo, sancionada, promulgada e publicada pelo Poder Executivo, a lei começa a produzir efeitos

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 26 e segs.

³¹ CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. Apontamentos sob o controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 34, p. 35, dez. 1990.

³² DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 47. No mesmo sentido: NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. **Vínculo obrigacional**: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004, p. 78, nota 14.

³³ “A produção legislativa do direito resolve-se em uma contraposição nítida entre o *conditor* e o *subditus iuris*, ou seja, entre o legislador e as partes: o primeiro enquanto comando, fala (donde o nome de lei) e as partes escutam”. (CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 1999, p. 146). Este mesmo autor anota que lei, “em sua origem latina (*lex*, de *legere*), alude à forma da norma artificial, que se resolve em um dizer: quem diz é o rex e, dizendo, rege, isto é, regula” (*Idem, ibidem*, p. 129).

³⁴ No Brasil, a metanorma que rege a matéria encontra-se prescrita no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*: Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

obrigatórios no dia por ela indicado, ou, na falta de indicação, ou de disposição especial de lei outra que lhe marque o início da vigência, findo o prazo estabelecido pelos preceitos de ordem geral, que regem na matéria³⁵.

Desta forma, a vigência de uma norma tem como antecedentes lógicos sua validade e legitimidade dentro do ordenamento jurídico, com esses não se confundindo.

Conclui-se, assim, com Paulo Dourado de Gusmão que “no sentido técnico-jurídico, vigência é a dimensão temporal espacial da obrigatoriedade do direito”³⁶.

Por fim, resta enfrentar o termo eficácia e para tanto valer-se-á inicialmente das palavras de Miguel Reale, para quem entre a eficácia e a validade da norma existe correlação, na medida em que ambas não podem existir em estado puro, pois, se “uma norma jurídica é válida, tal afirmação implica admitir que ela importa necessariamente **efeitos** no plano factual”; se a norma tem eficácia, “esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validade da norma que a insere no mundo jurídico”³⁷.

O desenvolvimento proposto para a abordagem da questão da validade em nada se afasta da concepção de Miguel Reale no que tange ao aspecto da eficácia da norma, pois não conflita com a posição de a validade ser pressuposto da existência [promulgação] da norma.

Quanto ao outro aspecto, a afirmação de Miguel Reale é em parte verdadeira na medida em que norma inválida pode entrar em vigor e produzir efeitos concretos na ordem jurídica até que seja afastada pelos meios de controle de validade acima sumarizados. Porém, se a invalidade for descoberta antes de sua vigência, nenhum efeito produzirá, não se podendo falar em eficácia³⁸.

“A eficácia de norma, por sua vez, indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer e produzir seus próprios efeitos”³⁹. Potência e não realização. Por este motivo localiza-se a eficácia no campo da aplicabilidade da norma.

³⁵ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 322-3.

³⁶ **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 64.

³⁷ **Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. 3. tirag. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4. grifo do autor.

³⁸ Não se pode esquecer a advertência de Norberto Bobbio acerca das normas que podem alcançar a validade pela eficácia, nos ordenamentos consuetudinários, de que esta validade não é dada só pelo costume, posto que nestes sistemas a norma só é considerada válida se acolhida e reconhecida pelos órgãos competentes a tanto. (**Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 50).

³⁹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51.

Neste passo, cabe ressaltar o posicionamento de Natalino Irti, para quem o efeito jurídico é elemento estrutural interno de qualquer norma jurídica – ao lado da *fattispecie*, no sentido de que a norma jurídica hipotetiza um comportamento humano [*fattispecie*] e descreve, para o futuro, o efeito decorrente da realização desse comportamento⁴⁰.

Donde pode-se inferir que eficácia é **a possibilidade intrínseca de uma norma jurídica produzir efeitos jurídicos.**

2.2 Efetividade como realização

Alguma confusão existe na doutrina acerca do termo efetividade, relacionando-o à idéia de eficácia social da norma. Tal confusão decorre do problema de se colocar a efetividade [realização], no mesmo âmbito temático da eficácia [aplicabilidade], o que, para esse estudo, reduzem-se a âmbitos logicamente distintos de atuação da norma.

Como exemplo, pode-se citar Hans Kelsen, para quem a eficácia da norma caracteriza-se pelo “fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”⁴¹. Na doutrina nacional, tal posicionamento é defendido por José Afonso da Silva, que aduz: “a eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”⁴².

Porém, por efetividade não se entende o mesmo que se designa como eficácia social.

⁴⁰ Pontifica o civilista italiano: “El derecho no manda abstractamente y categóricamente (como sucede en los preceptos religiosos y éticos); sino que establece efectos para la hipótesis en que ocurra un determinado hecho. La realización del hecho determina la producción de los efectos: si A, entonces B; A es, entonces B. El efecto está previsto, como máxima, no como un comportamiento de un sujeto particular, sino como tipo de comportamiento que puede ser referido a la generalidad de los miembros de la Sociedad. [...] Los dos elementos [*fattispecie* e efeito] son termos de una correlación lógica. [...] la correlación existe porque existe una norma que la contiene y enuncia; y existe solamente con respecto a dicha norma. [...] Las proposiciones de la ciencia jurídica [enunciados formativos] describen el contenido de normas [*fattispecie* e efeito], y por lo tanto, enuncian que dicho efecto tiene detrás de la realización de dicho hecho. Esta correlación no es elaborada por la ciencia, como modo de ordenar y de hacer inteligibles fenómenos del mundo externo: constituye, más bien, el contenido del mismo fenómeno estudiado”. (**Introducción al estudio del derecho privado**. Lima: Grijley, 2003, p. 66-7; 136; 139, passim. (grifos originais)).

⁴¹ **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 11.

⁴² **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 65.

A efetividade, como se salienta desde o início do tópico, existe no âmbito da realização do direito. Por realização do direito segue-se a orientação de Francisco Amaral:

Entende-se a realização do direito como a decisão judicial concreta, distinguindo da **aplicação**, mero procedimento de conexão silogística dos fatos com as regras jurídicas. A metodologia da realização ou determinação do direito estudaria, portanto, os procedimentos com que se decidem os casos jurídicos, questões jurídicas concretas, determinando-se o que é justo⁴³. (grifos originais)

Porém, vai-se mais longe. O direito existe para realizar-se⁴⁴. Ou em sábias palavras proferidas por Jhering: A finalidade do direito é realizar-se.

Tal noção vai ao encontro do que a doutrina especializada no âmbito do direito processual entende por efetividade.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a efetividade do processo expressa no momento em que ele “cumpre toda a sua função sócio-político-jurídica”, e acrescenta, numa outra passagem:

Pois a efetividade do processo, entendida como se pressupõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valor como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade⁴⁵.

A preocupação com a efetividade do processo está umbilicalmente ligada à questão da efetividade [realização] do direito, posto que, frente a uma pretensão resistida, o indivíduo volta-se ao poder estatal na busca da realização de seu interesse, o que se deduz das seguintes palavras de Giuseppe Chiovenda: “il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quell e próprio quello ch’egli ha diritto de conseguire”⁴⁶.

No momento mesmo da provocação do Estado “quatro aspectos fundamentais” apresentam: “a) a admissão em júízo [princípio do acesso à Justiça]; b) o modo de ser do processo [*due process of law*]; c) a justiça das decisões; d) a sua utilidade”⁴⁷.

⁴³ **Direito Civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 48.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 36, jul./set. 1994.

⁴⁵ **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 270-1.

⁴⁶ Dell’azione nascente dal contratto preliminare. In: **Saggi di diritto processuale civile**, I. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1930. *apud* MACHADO, Antonio Claudio da Costa. Direito e processo, processo e efetividade. **Revista do Mestrado em Direito do UNIFIEO**, Osasco, a. 3, n. 1, p. 61, 2003.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 273.

Deste modo, caracteriza-se o enunciado da realização do direito pela decisão judicial. Porém, não só a norma de decisão, a norma descoberta pelo intérprete autêntico é realização do direito; no dizer de Hans Kelsen: criação do direito⁴⁸.

Também a interpretação levada a efeito por um particular que tem de observar o direito, compreendendo-o e determinando o conteúdo das normas jurídicas, seja na prática decisão de uma conduta, seja na prática realização de um negócio jurídico⁴⁹, realiza o direito. Como já assinalado acima, o ato de interpretar condiz com o desdobrar das normas até atingir a sua preceituação mais concreta.

Neste sentido, porém ainda vinculando a efetividade à eficácia social, que Luiz Roberto Barroso defende a efetivação das normas constitucionais como a sua plena realização, seja pelo cumprimento voluntário dos preceitos constitucionais, seja pela exigência de realização destes direitos pela via judicial⁵⁰.

Essa argumentação encontra respaldo no exemplo proposto por Carnelutti, trazido aqui pelas palavras de Eros Roberto Grau: “o homem faminto, que sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto –, **produzindo norma**. Porque a interpretação do direito consiste em **concretar a lei** em cada caso [...]”⁵¹, dir-se-ia, realizar o direito.

Não é, portanto, apenas a decisão levada a efeito pelo juiz, dizendo a norma para o caso concreto, que realiza o direito.

No âmbito do Direito Privado, no campo de atuação da autonomia privada⁵², também se pode realizar o direito.

Em palavras de Paul Oertmann, “el derecho privado sirve al impulso de la **propia conservación** protegiendo al individuo en su misma persona, en su propio ser”⁵³.

Mas não protege a pessoa como ser isolado, mas sim a protege no cotejo de suas relações, em outras palavras: “o direito civil (de *cives* = cidadão) situa-se no **núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade**; disciplina as **relações de pessoa**

⁴⁸ **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 393.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 387.

⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

⁵¹ **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84. Os grifos são originais.

⁵² A autonomia privada é vista “como autoridade, e como *potestas* de auto-regulação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo próprio titular deles” (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003, p. 71, tomo I).

⁵³ **Introducción al derecho civil**. Barcelona: Labor, 1933, p. 26.

para pessoa, que constituem o cerne e o conteúdo necessário para a vida em sociedade e ao serviço de cuja possibilidade e de cujo desenvolvimento estão toda a organização social⁵⁴). (grifos originais)

Emilio Betti, ao discursar sobre os negócios jurídicos, afirma que a iniciativa privada é o meio próprio para promover a circulação dos bens, na medida em que cada indivíduo é livre para dispor dos seus bens, ou ambicionar tê-los, afirma ainda que:

Os interesses que o direito privado disciplina, existem na vida social, independentemente da tutela jurídica. [...] Os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, provêm à satisfação das suas necessidades, de acordo com a sua livre apreciação⁵⁵.

É nesta livre apreciação, como poder de auto-determinar-se, que a pessoa realiza suas necessidades, estas elevadas e reconhecidas pelo direito como jurídicas posto, que conferem à distribuição de bens e de troca de serviços sua sanção. Seguindo ainda o magistério de Emilio Betti, pode-se ler:

A sanção do direito apresenta-se como qualquer coisa acrescentada e logicamente posterior: mais precisamente, como um reconhecimento da autonomia. Em consequência deste reconhecimento, os negócios da vida privada elevam-se à dignidade de negócios jurídicos e tornam-se **instrumentos**, que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para servirem de bases a seus interesses na vida de relação⁵⁶.

Ora, se os indivíduos dentro da sociedade exercem sua autonomia para suprirem suas necessidades através de negócios, reconhecidos pela ordem jurídica como jurídicos, estes são negócios jurídicos.

Por outro lado, dúvidas não existem acerca da idéia de que os negócios jurídicos constituam-se em norma individualizada à qual os participantes estão submetidos.

Tal afirmação extrai-se do magistério de Antonio Carlos de Campos Pedroso o qual, fundado na distinção que Norberto Bobbio faz acerca de imperativos autônomos e heterônomos⁵⁷, aduz que esta diferenciação:

⁵⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 44.

⁵⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003, p. 64, tomo I.

⁵⁶ **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: LZN, 2003, p. 67, tomo I. Luis Díez-Picazo entende que a sanção aplicável em matéria de direito civil, em geral, é a nulidade do ato praticado. (**Sistema de derecho civil**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2001, v. I, p. 194-195).

⁵⁷ “Com respeito à relação entre sujeito ativo e passivo, distinguem-se os imperativos autônomos dos heterônomos. Diz-se autônomos aqueles imperativos nos quais uma mesma pessoa é quem formula a norma e quem executa a norma. Diz-se heterônomos aqueles nos quais quem formula a norma e quem a executa são pessoas diversas”. (**Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 89).

[...] permite não só reconhecer a possibilidade de poderes normativos dos particulares como também distinguir estes poderes dos do Estado. O poder normativo não existe apenas no exercício da função pública. Pode ser conferido aos particulares, dentro de certos limites para fins específicos: a elaboração de normas individualizadas que venham a complementar as normas genéricas no momento da realização de negócios jurídicos⁵⁸.

Em outro aspecto, o exercício desses direitos, que implicam a criação da norma individual decorrente do negócio jurídico, significa que houve por parte dos participantes do negócio um juízo prévio sobre qual norma concretamente, e com que alcance, deve regular a relação negocial; houve interpretação, valoração e redução à norma jurídica concreta.

Se for verdade que a interpretação resolve o conflito posto à apreciação ao intérprete autêntico, pela descoberta do sentido da norma – norma de decisão, não menos verdade será que a norma revelada no âmbito da gênese do negócio jurídico ou “introduz um conflito (se descumprida a norma) ou o impede (se observada a norma)”⁵⁹.

O direito precisa transforma-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas⁶⁰.

No primeiro caso, volta-se ao socorro da justiça para realizar o direito – nos limites preconizados por Francisco Amaral; no segundo, a realização operou-se plenamente.

Este é o desfecho da evolução: o direito objetivo, efetivamente realizado, e o senso subjetivo de justiça, ambos à mesma altura, ambos se condicionando e respaldando reciprocamente⁶¹.

Não se pode, deste modo, confundir a eficácia do direito, seus possíveis efeitos no âmbito de aplicação, com a realização – efetividade – do direito, sua concreção no mundo fenomênico.

Na bem elaborada síntese de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro “a realização do direito é unitária” mas não se encerra na unidade da aplicação e interpretação do direito [aplicabilidade], “há que passar da interpretação à aplicação

⁵⁸ **Normas jurídicas individualizadas.** Teoria e aplicação. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37.

⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6.

⁶¹ JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito.** Campinas: Bookseller, 2002, p. 256, tomo I.

e, destas às fontes e aos factos, tantas vezes quantas as necessárias para obter uma síntese que supere todas estas fases, na decisão constituinte final [efetividade]”⁶².

Dentre as funções do direito, destaca-se a de meio e fim para a paz social. Assim é que a sanção é dissuasão ao ilícito. Um dos efeitos esperados pela incidência da norma é a abstenção pelo particular, na elaboração de negócios jurídicos, da prática do ilícito, anseio de paz social, isto porque “o princípio da autonomia da vontade deve estar em harmonia com a ordem pública”⁶³. Cumprido esse anseio, o direito se realiza. Praticado um ilícito, o Estado atua e faz realizar a norma em seus ulteriores efeitos e aplica a sanção restaurando a ordem. A norma não cumpriu sua eficácia social esperada, mas “sua autoridade foi reafirmada pela pronta atuação dos órgãos estatais [...] Em outras palavras, o direito não teve [*prima facie*] eficácia social, mas teve efetividade”⁶⁴.

3 Eficácia dos direitos fundamentais

Partindo-se do pressuposto levantado no capítulo antecedente, de que a eficácia da norma jurídica localiza-se no âmbito da aplicabilidade da norma, é que o presente tópico será levado à discussão.

Para tanto, primeiramente, será sumarizado o problema da eficácia das normas de direito fundamental nos termos em que a doutrina tradicionalmente o trata, levando-se em consideração o problema da aplicação e da eficácia para, a seguir, reduzir o problema à orientação proposta.

3.1 A eficácia das normas constitucionais e o problema da efetividade

Para que se possa mais bem compreender o problema da aplicabilidade das normas de direito fundamental no que concerne à sua eficácia, inicialmente será explicitado o campo de eficácia das normas de Direito Constitucional, gênero ao qual as normas de direito fundamental, em geral, se ligam. Para isto, observar-se-á a obra de José Afonso da Silva. E, sempre que pertinente, far-se-á a remissão às normas de direito fundamental diretamente.

⁶² Introdução à edição portuguesa. A realização do direito. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. civ-cv.

⁶³ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 41.

⁶⁴ BARROS, José Manoel de Aguiar. A luta pelo direito: eficácia social e efetividade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 453-60, out. 2002.

Em termos já abordados acima, o direito existe para realizar-se. Desta constatação pode-se inferir que as normas jurídicas, elementos de expressão do direito, independente de quem sejam seus destinatários⁶⁵, existem para ser aplicadas com o fim último de realizar o direito. Não existe, assim, norma jurídica que se não possa aplicar. “As normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para ser aplicadas”⁶⁶.

Em precisas palavras assim se expressa Rui Barbosa:

Não há, numa Constituição, clausulas, a que se deva attribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos⁶⁷.

Por certo que só são normas jurídicas as legítimas, válidas e vigentes⁶⁸ e só se aplicam se forem eficazes⁶⁹, possibilidade de gerar efeitos. Como exemplo, não se aplica a um contrato de doação, a norma penal que descreve a forma que se deve calcular a sanção penal (art. 59, do Código Penal), apesar de ser norma válida, porque nenhum efeito gerará sobre o suporte fático da relação negocial.

Poder-se-ia, neste passo, abrir parênteses para esclarecer um falso paradoxo que a confusão acerca da eficácia social como efetividade, pregada pela maioria da doutrina, faz nascer, qual seja: a norma é eficaz [eficácia social] porque se aplica ou se aplica porque é eficaz [eficácia jurídica]?

Na distinção proposta entre eficácia e efetividade, aquela no campo da aplicabilidade, esta do exaurimento da norma aplicável ao caso concreto, não cabe tal confusão. Reafirmando o que já dito, a norma só se aplica se for eficaz; se houver possibilidade de seus efeitos alcançarem um fato que se subsume a certa norma. Ao contrário, a aplicação da norma que venha a realizar um direito, exaurindo sua função, diz-se efetividade.

⁶⁵ Sobre os destinatários das normas o leitor poderá ilustrar-se na obra de Norberto Bobbio: **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 119-44.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 51.

⁶⁷ **Comentários à constituição federal brasileira**. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933, vol II *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 236.

⁶⁸ Exceção deve ser feita às normas que percam esta qualidade por algum vício, como já salientado mais acima, pois apesar de não cumprirem um desses pressupostos, podem vir a gerar efeitos.

⁶⁹ “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60)

Por outro lado, a Constituição Federal traz em seu artigo 5º, § 1º, ordem expressa de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, *verbis*:

Artigo 5º. (*omissis...*)

§ 1º - As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Parafraseando Celso Antonio Bandeira de Mello⁷⁰, se um ser dotado de inteligência, vindo dos confins do universo, aportasse no Brasil e resolvesse entender o ordenamento jurídico pátrio inexoravelmente perguntaria: se toda norma existe para ser aplicada, por que a Constituição expressamente manda que se aplique determinada classe de normas?

Vencido este ponto, volta-se à doutrina de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Para o constitucionalista paulista, se toda norma jurídica é aplicável, não se há falar em normas que não se possam aplicar. Ao contrário, elabora uma classificação que categoriza as normas constitucionais em três diferentes planos de eficácia:

a) normas constitucionais de eficácia plena – incluem todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade⁷¹ para isto suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto; são de aplicabilidade direta, imediata e integral;

b) normas constitucionais de eficácia contida – constituem normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitam manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral;

c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida – as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria, uma normatividade para isto bastante; são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida⁷².

⁷⁰ O caso do aporte do extraterrestre levantado pelo citado jurista, porém com conteúdo um tanto diferente, foi noticiado em: BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 33, jul./set. 1994.

⁷¹ Por normatividade deve-se entender “o efeito global da norma num determinado processo de concretização”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1076.

⁷² **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-83.

Como nos alerta Francesco Ferrara, “o direito opera por comandos abstratos”⁷³ e é neste sentido que se deve entender a categorização proposta por José Afonso da Silva, desligando o âmbito de eficácia da norma constitucional (campo da abstração da norma), do âmbito de efetividade desta norma (campo de realização da norma)⁷⁴.

Uma primeira crítica a esse critério está no fato de toda norma jurídica mesma, seja qual a adjetivação de se lhe agregue – *n. g.* constitucional, de direito fundamental, privada, etc. –, ser plena de eficácia no sentido que se adota neste trabalho. E por plena não se quer significar, nas palavras de José Horácio Meirelles Teixeira, “total, completa, exaustiva [...]; para caracterizar se esta plenitude da eficácia será suficiente e que a norma possa realizar, desde logo, seus objetivos essenciais, específicos, [...] aquilo que constitui, mais especificamente, os interesses que ela pretende proteger”⁷⁵ ou, em um só termo: efeitos; e não a totalidade deles; basta um.

Outra está no fato de a norma jurídica existir no ordenamento como abstração [virtualidade] e a sua realização estar em outro campo lógico de atuação, ou seja, no campo do real. A norma em si não realiza o direito, mas sua redução hermenêutica a um dado fenômeno é que exaure sua normatividade⁷⁶.

Assim, poder-se-ia reestruturar a classificação entre: normas de eficácia imediata e efetivas, ou aquelas que se podem realizar imediatamente; e normas de eficácia imediata e potencialmente realizáveis, ou aquelas que só se realizam mediatamente. Tanto no primeiro, como no segundo caso caberiam as normas de eficácia plena, como as normas de eficácia limitada e contida.

Com essa sugestão, tem-se o cuidado de apenas apresentar aos cultores do direito uma nova via discursiva, na medida em que se propõe a solução para o alcance da eficácia das normas dentro de sua virtualidade, mas por outro lado, cria-se outra incerteza, pois não se soluciona a tarefa da qual já falava José Horácio Meirelles

⁷³ **Interpretação e aplicação das leis.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1940, p. 1.

⁷⁴ “O conceito abstrato determina os elementos ou qualidades que um objeto concreto há-de possuir para nele se enquadrar” (KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural.** 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 12).

⁷⁵ **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 320.

⁷⁶ Com esta tomada de posição, ao colocar a virtualidade em correlação com a realidade espera-se superar a confusão conceitual entre a efetividade e a concreção do direito. A abstração própria das normas jurídicas estão em oposição a um fato concreto. A virtualidade da norma esta em oposição à realidade dos fenômenos jurídicos. Por isso, para a doutrina tradicional o direito se concretiza na aplicação da norma, onde se fala em efetividade social, enquanto, diante do que se propõe, o direito se realiza quando ocorre a mutação lógica da norma, o que se dá após o completo exaurimento da exegese hermenêutica, partindo-se do âmbito da virtualidade, para o da realidade.

186 Teixeira de “fixar-se desde logo um critério objetivo, único, geral, com o qual se possa caracterizar desde logo, com segurança” o que sejam normas de efetividade imediata ou mediata.

Jorge Miranda aproxima-se dessa classificação, ao categorizar as normas constitucionais em preceptivas e programáticas, esclarecendo:

Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas) não há diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento. São normas umas e outras e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade⁷⁷.

Às palavras do renomado constitucionalista português acresceríamos que ambas são dotadas de plena normatividade. Mas, esse autor, apesar de não diferenciar aplicabilidade e efetividade da norma, deixa transparecer tal diferenciação na medida em que anuncia que só há distinção de como elas se projetam no ordenamento.

Partindo-se do que Jorge Miranda chama normas constitucionais preceptivas, “aquelas de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de fato”⁷⁸, sob o enfoque que se propõe acerca da diferenciação entre aplicabilidade e efetividade, tem-se que estas normas são as aqui tratadas como de eficácia plena e efetiva.

Por outro lado, tendo por base o que o constitucionalista português trata por normas constitucionais programáticas, “aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar”⁷⁹ e que incluem as normas programáticas e as normas de eficácia contida, propostas por José Afonso da Silva, ter-se-iam as normas de eficácia plena carentes de realização.

Outra justificativa para a abordagem proposta diz com o sentido objetivo das normas de direitos fundamentais acima discutido. Por essa vertente, toda norma

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 243, tomo II.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 241.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 241.

de direito fundamental deve ser observada, independente de corresponder a ela um direito subjetivo do particular, seja por adesão voluntária, seja como limite material na formulação da norma de decisão..

Neste sentido é que não cabe falar em normas programáticas, pois todas as normas de direito fundamental, independente da possibilidade de o legislador torná-la norma infraconstitucional, conferem a possibilidade de sua efetivação mediata, através da norma de decisão que coloque fim à resistência do Estado em cumprir os objetivos constitucionais. Neste sentido que José Joaquim Gomes Canotilho, pensa-se, tenha querido referir ao afirmar que as normas constitucionais programáticas “são trazidas à colação no momento de concretização”⁸⁰. Na visão do autor, “pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas”, e o afirma fundado na certeza de que todas as normas constitucionais devem ser consideradas obrigatórias e não meros programas ou promessas⁸¹.

No campo da norma de direito fundamental, também se pode diferenciar aplicabilidade de efetividade com base na espécie que se apresenta. Assim, as normas-regras teriam aplicação imediata e efetiva e as normas-princípios, aplicação imediata, porém careceriam de realização.

Poder-se-ia objetar com o argumento de que há normas constitucionais que, apesar de possuir normatividade completa, ficariam na dependência do legislador ordinário para restringir-lhe o conteúdo; normas que José Afonso da Silva entende como de eficácia contida.

Porém, mais uma vez, não se pode confundir aqui a aplicação com a realização da norma. A eficácia da norma é imediata e sua realização plena. O que o legislador está autorizado a proceder é a restrição da extensão dos efeitos que a norma de direito fundamental pode irradiar em potência. Como bem esclarece o autor em comentário, “as restrições ao exercício deste direito é que dependem de legislação”⁸².

Essa reestruturação, frise-se, tem pertinência na medida em que se possa separar o âmbito de aplicação da norma de seu âmbito de realização.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 432-3.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1050.

⁸² **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 82-3.

188 **4 Conclusão**

Com isto, espera-se ter podido instigar o leitor com as poucas linhas traçadas acerca da problemática da efetividade das normas constitucionais, bem como ter contribuído para o debate com as inferências expostas, pois, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

Não esqueçamos que, ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na ante-sala de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais⁸³.

Mas os argumentos aduzidos não encerram a problemática da efetividade dos direitos fundamentais, nos termos em que se pretende enfrentar o tema proposto, haja vista que ver o problema pelo ângulo do destinatário das normas de direito fundamental traz novos e instigantes desafios.

5 Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti São Paulo: Martins Fontes, 2000. 1014 p.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar. xxix. 2003, 659 p.
- BARROS, José Manoel de Aguiar. A luta pelo direito: eficácia social e efetividade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 453-60, out. 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução e anotação de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. 300 p. tomo I.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19. tirag. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro. 2001. 192 p.
- _____. et. al. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: UNB; São Paulo: IMESP, 2002. p. v. 2.

⁸³ **Eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 231.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 142 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. 546p.

CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. Apontamentos sob o controle de constitucionalidade. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 34, p. 27-44, dez. 1990.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2001. 611 p. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 341 p.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. XVIII. 440 p.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito**, São Paulo: Perspectiva, 1978. 130 p.

FERRARA, Franceso. **Interpretação e aplicação das leis**. 2. ed. Traduzido e prefaciado por Manuel A. D. de Andrade. São Paulo: Saraiva, 1940. cvi. 114 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 240p.

_____. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 279 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996. xvii. 476 p.

IRTI, Natalino. **Introducción al estudio del derecho privado**. Tradução de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León e apresentação de Marcial Rubio Correa. Lima: Grijley. 2003. 259 p.

JHERING, Rudof von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002. tomo I.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

_____. **Teoria pura do direito**. 4. ed. 1. reimpr. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. xviii. 427 p.

- 190 LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3. ed. Tradução coletiva. São Paulo: Martins Fontes, 1999. xxiv. 1336 p.
- MACHADO, Antonio Claudio da Costa. Direito e processo, processo e efetividade. **Revista do Mestrado em Direito do UNIFIEO**, Osasco, a. 3, n. 1, p. 55-66, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. 3. tirag. Rio de Janeiro: Forense, 1984. xiv. 426 p.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa. Calouste Gulbenkian, 1996. p. ix -cxiv.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. reimp. Coimbra: Coimbra, 1996. 546 p. tomo II.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. 7. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1992. 661 p.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural)**. Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. 334 p.
- OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Traducción de la 3ª edición alemana por Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933, 387 p.
- PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993. ix. 204 p.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999. 981 p.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. 3. tirag. São Paulo: Saraiva, 2002. p.
- _____. **Lições preliminares de direito**. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1991. xvii. 381 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. XXII. 785 p.