

CONSTITUIÇÃO: FRUTO DA DEMOCRACIA ATUANTE

Wellington Boigues Corbalan TEBAR¹
Sérgio Tibiriçá AMARAL²

RESUMO: Este presente artigo nasceu da curiosidade e da preocupação em relação ao tema da aplicabilidade das normas constitucionais, e teve o fim de buscar uma posição inovadora em relação à efetivação destas últimas.

Palavras-chave: Constituição. Planos Normativos. Efeitos jurídicos próprios. Características jurídicas e concretas. Três classes de efeitos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho se presta ao estudo dos três planos normativos de referência, especialmente vistos sob a ótica da Constituição. Para isso, inicialmente teremos que analisar conceitos importantes que estarão diretamente ligados à temática em apreço. Então, analisaremos a norma no seu plano de existência, validade e eficácia, para desde já modelarmos os contornos iniciais em que o trabalho será sustentado.

Quanto ao plano da existência, analisaremos quando uma norma efetivamente passa a existir no mundo jurídico, e qual a nomenclatura que esta existência jurídica recebe. Além disso, analisaremos, também, as conseqüências geradas no âmbito deste plano.

Quanto ao plano da validade, consideraremos os parâmetros que nos permitem dizer se uma norma, inserida num ordenamento jurídico, é válida ou não. Também consideraremos as conseqüências da constatação da invalidade de uma norma ou um comportamento.

¹ Discente do 7º termo B do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: wellingtontebbar@hotmail.com

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente da Associação Educacional Toledo, Professor titular da cadeira de Teoria Geral do Estado da FDDPP e da disciplina de Direito Internacional Público, especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantias pela Faculdade de Direito de Bauru-ITE. Membro do Grupo de Pesquisa do Programa de Doutorado da ITE, liderado pelo Dr. Vidal Serrano Nunes Júnior, para estudos em direito de informação e liberdade de expressão. E-mail: sergio@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Quanto ao plano da eficácia, nosso principal objetivo é estudar a relação entre eficácia e aplicabilidade de uma norma, demonstrando qual o tipo de interação que há entre elas.

Visto isso, o principal objetivo deste estudo é justamente analisar os efeitos jurídicos que decorrem de cada um destes planos normativos, mostrando a interação entre eles e a função que cada um exerce na “vida” de uma norma jurídica, principalmente com o fim de entender qual o pressuposto que rege a aplicabilidade das normas, com o fim de efetivá-las no mundo do ser.

Por fim, para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á o método indutivo, conjuntamente com o dialético, histórico e o comparativo.

2 OS TRÊS PLANOS NORMATIVOS DE REFERÊNCIA

2.1 Existência, vigência e vigor

No plano da existência, temos que nos indagar, quando uma norma passa a existir no mundo jurídico, isto é, quando é que se pode afirmar que uma norma efetivamente existe?

A resposta a esta pergunta nos será dada pelo procedimento legislativo. É claro que aqui não nos cabe estudar minuciosamente o procedimento de criação de leis, mas pelo menos algumas breves considerações se fazem necessárias.

Por exemplo, o processo de criação de leis ordinárias começa com a apresentação de um projeto de lei ao Poder Legislativo. A essa apresentação dá-se o nome de iniciativa. Uma vez apresentado o projeto de lei, caberá ao poder legislativo discutir e votar sobre o mesmo. Amadurecidas as discussões, e realizada a votação, o projeto de lei pode ser aprovado ou rejeitado.

Em sendo caso de aprovação, o projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República, que poderá decidir por vetar ou sancionar o referido projeto. Sancionado o projeto de lei, ou derrubado o veto presidencial por parte do Poder Legislativo, parte-se para a última fase do processo legislativo, qual seja a de

promulgação e publicação da lei, “sendo que a primeira garante a executoriedade à lei, enquanto a segunda lhe dá notoriedade” (MORAES, 2007, p. 634).

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 634):

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em consequência, deverá ser cumprida. Assim, a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo mera atestação da existência da lei e promulgando sua executoriedade.

Veja que o ato de promulgação é um atestado de que uma lei foi criada e que, por isso, deve ser observada. Se o ato de promulgação atesta a criação de uma lei, significa que este ato não é responsável pela sua criação, mas pela simples confirmação de sua existência. Sendo assim, podemos concluir que o projeto de lei se torna lei quando da sanção presidencial, ou quando da derrubada do veto presidencial pelo Poder Legislativo, dos quais o ato de promulgação é seqüência lógica e necessária.

É claro que existem algumas espécies normativas que se submetem a outras regras de existência, como a emenda constitucional, que tem sua existência constatada a partir do momento que é aprovada pelo Congresso Nacional, pelo procedimento previsto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao tema da existência das normas jurídicas, não poderíamos deixar de falar em vigência. Para isso, utilizaremos da lição de José Afonso da Silva (2009, p.52):

Vigência (do verbo *viger*, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.

Sendo assim, dizer que uma norma existe significa dizer que ela é vigente. Mais do que isso, a vigência não se traduz em qualquer existência, mas numa existência jurídica. Além disso, a vigência faz nascer a qualidade da observância obrigatória da norma, qual seja o vigor.

Note que quando uma norma é promulgada e publicada, ela pode ter vigência imediata, vinculando e obrigando a todos desde já. Neste caso, ela não só existe juridicamente, como também está em pleno vigor, obrigando a todos a se orientarem segundo seus comandos. A partir do momento que uma norma é vigente,

ela tem o condão de revogar eventual norma anterior, que trate diversamente do mesmo assunto que ela disciplina. Assim, a norma anterior dá lugar, no ordenamento jurídico, a uma nova existência jurídica.

Entretanto, é possível que a própria lei preveja que somente começará a vigor após o transcurso de um determinado período de tempo. Trata-se do fenômeno conhecido como *vacatio legis*, que é “[...] período que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada da lei em vigor [...]” (SILVA 2009, p.53).

Note que neste período a lei já existe juridicamente, porque já foi aprovada, sancionada e até mesmo promulgada. Entretanto, não se pode afirmar que exista juridicamente em sua plenitude, pelo fato de sua juridicidade estar impedida³. Prova disso é que, neste momento [período vacante], ela ainda não é de observância obrigatória. Por não ter juridicidade plena, e por não ser obrigatória, a lei em *vacatio legis* ainda não tem força necessária para revogar eventual norma anterior a ela. Isto é, a norma em *vacatio legis* ainda não tem forças para afastar a existência jurídica da norma anterior.

Portanto, embora a lei já exista juridicamente, encontra-se impedida de exercer sua juridicidade durante todo o período de vacância, caso em que, esgotado este tempo, tal impedimento desaparecerá, ganhando, a norma, juridicidade plena, a qual revelará o seu vigor (obrigatoriedade), revogando, também, eventual norma anterior a ela.

Bem salienta Maria Helena Diniz que (2005, p. 53-54):

[...] Com o término da *vacatio* ter-se-á o início da obrigatoriedade da lei nova. Mesmo depois de publicada, a lei só adquirirá real obrigatoriedade, ou melhor, apenas terá autoridade após o decurso do período da *vacatio legis*. Portanto, para que a lei tenha completa autoridade imperativa, desenvolvendo força obrigatória adquirida, precisará aguardar o prazo fixado para sua entrada em vigor. Logo, o transcurso da *vacatio legis* é o complemento da publicação, imprescindível para que a lei faça atuar sua autoridade. Antes do decurso da *vacatio* a lei nova não terá efetiva força obrigatória nem autoridade imperativa, mesmo que promulgada e publicada, por ainda estar em vigor a lei antiga. [...]

³A norma em “*vacatio legis*” está com sua juridicidade impedida porque uma outra norma ainda está vigendo e vigorando neste período temporal. Ora, duas existências jurídicas de mesma natureza, se antagônicas, não conseguem viver em harmonia, mas em conflito. Disso decorre o raciocínio de que se a norma em “*vacatio legis*” ostentasse plena juridicidade, ela disputaria sua existência jurídica com outra norma, em que fatalmente uma delas teria que ceder lugar à outra, isto é, deixar de existir.

Observa-se, então, que a vigência é o aspecto temporal, o período referente à existência jurídica da lei, ao passo que o vigor é a qualidade da norma de submeter a todos ao seu império.

Com efeito, segundo a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 65), “[...] o vigor (também chamado de ‘força normativa’) diz respeito à força vinculante da norma, isto é, à *impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se ao seu império*”.

Note que o vigor de uma norma está conectado ao período de sua vigência (aspecto temporal da norma), já que uma norma só é obrigatória a partir do momento, e durante o momento, que existe juridicamente. Tanto é verdade que a norma continua vigorando em relação às situações ocorridas ao tempo em que estava vigente, ainda que esteja revogada.

Como salienta Maria Helena Diniz (2005, p. 50):

É preciso não olvidar, ainda, que uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, tendo *vigor* para casos anteriores à sua revogação, produzindo seus efeitos, ante o fato de que se deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, § § 1º a 3º) [...].

Então, note que todos estes atos que foram praticados sob a égide da lei antiga deverão, em regra, ser respeitados, não podendo ser desconstituídos pela imperatividade da nova lei.

2.1.1 Conseqüências decorrentes da vigência normativa

A principal conseqüência que uma existência jurídica normativa pode gerar é justamente a revogação de outra existência jurídica, de mesma natureza que a sua, que com ela conflite. Com efeito, segundo preleciona Maria Helena Diniz (2005, p. 67) “revogar é tornar sem efeito uma norma, retirando a sua obrigatoriedade. Revogação é um termo genérico, que indica a idéia da cessação da existência da norma obrigatória”. Portanto, revogação significa dizer que uma norma afastou a existência jurídica de outra, impondo-se, a partir daí, no ordenamento jurídico, como obrigatória.

Sendo assim, revogar não significa que uma norma ceifará a validade de outra, nem que uma norma anulará os efeitos da outra, já que o fenômeno da revogação se opera no plano da existência. Em outras palavras, a revogação não se opera no plano da validade, e muito menos no da eficácia, até mesmo porque, como já vimos, uma norma pode não mais ser vigente, mas ainda irradiar efeitos em relação aos casos acontecidos ao seu tempo.

2.1.2 Existência, vigência e vigor constitucional

Podemos afirmar que uma Constituição existe legitimamente quando aprovada por uma Assembléia Nacional Constituinte, ou qualquer outro órgão, ou forma, que represente um poder constituinte originário, desde que este órgão seja formado por membros legitimamente eleitos, pelos cidadãos, para este fim.

Da mesma forma que as leis em geral, a Constituição também “contém uma cláusula de vigência; cláusula que determina o momento em que ela começará a vigorar e, com isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios de seu conteúdo” (SILVA, 2009, p. 53). Ao período de vacância constitucional dá-se o nome de *vacatio constitutionis* ou *vacatio legis constitutionalis*.

Neste período de vacância constitucional, “a constituição não regula nada; embora já exista, não existe juridicamente em sua totalidade, porque, praticamente, só atua o dispositivo que marcou o momento de sua entrada em vigor” (SILVA, 2009, p. 54).

Portanto, à Constituição também se aplica os conceitos de existência, vigência, vigor e, conseqüentemente, revogação. E, por ser a lei máxima de uma ordem jurídica, seus aspectos (existência, vigência e vigor) terão importância maior, já que eles irão projetar sua relevância sobre todo o ordenamento jurídico.

Por exemplo, como veremos adiante (no tópico da eficácia), o vigor da Constituição é pressuposto da sua aptidão de produzir efeitos jurídicos, já que da sua normatividade máxima, corolário da supremacia constitucional, expressão incontestada do poder constituinte originário, decorre a obrigatoriedade da aplicação de seus preceitos mandamentais.

2.2 Validade

A validade também é uma qualidade da norma, qualidade esta de ser compatível com o ordenamento jurídico do qual faz parte, tanto no aspecto legal quanto no aspecto constitucional.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho (2002, p. 61):

O descumprimento das regras de validade importará no reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade (a depender do âmbito em que foi fixada a premissa validante) da norma estabelecida, considerando-a não pertinente ao sistema.

Vê-se que, enquanto a vigência se traduz pelo tempo de existência jurídica da norma, e o vigor pela sua força obrigatória, a validade é pressuposto de compatibilidade da norma com o sistema jurídico na qual está inserida.

A estrutura de análise da validade da norma decorre do sistema escalonado criado por Hans Kelsen, já tratado em oportunidade anterior. Segundo este sistema, uma norma retira validade de outra superior a ela, que se segue numa escala ascendente de validade, cujo pressuposto último é a Constituição.

Sendo assim, uma norma, para ser válida, tem que encontrar fundamento numa norma imediatamente superior. Se o teste de validade for positivo, significa que a norma não é somente compatível com a norma que lhe é superior, mas também com a própria Constituição, já que esta é o fundamento de validade último da ordem jurídica estabelecida.

Neste sentido é a lição de Flávia Piovesan (2003, p. 55):

A validade é um conceito relacional, ou seja, norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição [...].

Portanto, o pressuposto a ser tomado para constatação da validade de qualquer norma integrante do sistema jurídico é sempre a conformidade ou não com a Constituição. Neste sentido, a desconformidade com o texto maior revelará a invalidade da norma infraconstitucional.

Como adotamos o sistema de verificação de validade criado por Kelsen, uma importante observação se faz presente em relação à existência e validade de uma norma. Kelsen, em sua obra, não trata a existência jurídica da norma pelo termo “vigência”, mas sim pelo termo “validade”. Segundo José Afonso da Silva (nota de rodapé nº29, 2009, p.52):

[...] Na doutrina de Kelsen a ‘vigência’ é mais do que a simples existência da norma. É existência com validade. E a palavra que melhor traduz essa idéia é ‘validez’, algo que existe com valor, enquanto a palavra ‘validade’ se reserva para uma relação de fundamento para o fundamento, no sentido de que a norma vale enquanto se conforma com um fundamento de validade, seja uma norma superior, seja um fundamento metajurídico. Na doutrina de Kelsen, pois, não há norma vigente sem validade. Não basta que ela exista, para ser vigente. [...]

Portanto, para Kelsen, não há como se conceber uma existência jurídica plena sem validade. Em outras palavras, uma norma carente de conformidade com a Constituição não poderia ser considerada vigente.

2.2.1 Tipos de invalidade

Cumpre-nos, agora, fazer algumas breves considerações acerca das conseqüências que decorrem da constatação da (in)validade das normas. E como dito anteriormente, o pressuposto a ser tomado em consideração para tal análise é a Constituição.

Como já dito exhaustivamente, a partir do momento que a Constituição existe juridicamente, e passa a ser obrigatória, torna-se o fundamento de validade último da ordem jurídica, pelo fato de que ocupa posição de *Lex Mater*. Sendo assim, todas as normas que a contrariam são consideradas inválidas.

A invalidade, decorrente do choque das leis infraconstitucionais com os preceitos constitucionais, é gênero. Este gênero comporta duas espécies, quais sejam a não recepção e a inconstitucionalidade da norma conflitante.

A não recepção é o vício da invalidade que atinge as normas, ou atos, que são anteriores à Constituição, e que com ela conflitam. Com efeito, não há espaço na nova ordem jurídica para normas que não partilham do seu novo

fundamento de validade. Sendo assim, a Constituição não recepção tais normas ao novo sistema jurídico, por ela comandado.

A inconstitucionalidade, por sua vez, é o vício da invalidade que atinge as normas, ou atos, que são posteriores à Constituição, e que com ela conflitam. Com efeito, a Constituição não pode ficar indiferente às normas que adentrem ao seu domínio sistêmico-normativo, e que com ela colidam. Sendo assim, a Constituição expurga tais normas do sistema jurídico, por ela comandado.

Ora, como a Constituição é pressuposto de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, disto decorre, necessária e logicamente, que ela também é pressuposto de validade das normas que ainda não foram criadas. Assim, deve a legislação futura se orientar de acordo com seus preceitos, sob pena de inconstitucionalidade.

Observa-se, então, que a Constituição é dotada de um poder de constrangimento compatibilizador, que nada mais é que a capacidade que a Norma Máxima tem de compelir a aqueles que produzem a legislação a não se furtarem ao seu mandamento imperativo. Em outras palavras, este poder de constrangimento compatibilizador impõe a necessidade de adequação de qualquer norma infraconstitucional, ou comportamento dos Poderes Públicos, aos preceitos constitucionais, sob pena de invalidade.

Assim, quando a Constituição *manda* que algo (lei, comportamento, etc.) seja feito de determinada maneira, e essa ordem é descumprida, seja porque nada foi feito, seja porque foi feito de forma contrária, ou de modo insuficiente à ordem constitucional, incorre-se em flagrante inconstitucionalidade. E esta invalidade é passível de correção, por parte da Constituição, através de seu poder de constrangimento compatibilizador.

Portanto, qualquer norma infraconstitucional que conflite com a Constituição, se anterior, não será recepção; e, se posterior, será considerada inconstitucional, padecendo, em ambos os casos, do vício da invalidade.

2.2.2 O fundamento de validade da Constituição

A validade é a qualidade que uma norma tem de ser compatível com a unidade do ordenamento jurídico que integra. E o que mantém a unidade e representa o fundamento de validade do ordenamento jurídico é a Constituição, fazendo com que todas as normas que com ela colidam sejam inconstitucionais.

Considerando que a Constituição é a Lei Máxima de uma ordem jurídica, de onde ela extrai o seu fundamento de validade?

Segundo a teoria pura do Direito de Hans Kelsen (1996, p.136), a Constituição concreta (posta) extrai seu fundamento de validade da *Grundnorm*, norma hipotética fundamental, que é pressuposta. Isto é, pela teoria de Hans Kelsen, o pressuposto lógico de validade de uma ordem constitucional concreta seria a norma fundamental hipotética, que por ser pressuposta condicionaria também os agentes do poder na criação de tais normas, segundo os seus fundamentos lógicos transcendentais de validade.

Como se vê, não há possibilidade de existência de um poder criador e transformador da Constituição distintamente desvinculado do campo de abrangência desta norma pressuposta, já que o poder funcionaria como mero porta-voz daquela, caso contrário seria apenas um meio de dominação.

Dessa forma, “o erro está em conceber o *poder* como mera situação fática, confundido com a força” (SILVA, 2009, p. 57). Em outras palavras, Kelsen não reconhece a legitimidade autônoma do poder no processo de criação da Constituição.

Segundo o ensinamento de José Afonso da Silva (2009, p. 57-58):

Ora, o poder interfere continuamente na formulação das normas jurídicas. Dele parte a decisão definidora de uma das vias normativas possíveis conaturais da contextura social. Mas as normas constitucionais, por serem informadoras e condicionadoras da ordem jurídica total, surgem da decisão de um poder especial dimanado da própria soberania do povo, e é o *poder constituinte*, enquanto as demais normas inferiores, condicionadas, surgem da decisão dos *poderes constituídos* e derivados. Estas últimas têm sua validade fundada nos ditames das regras constitucionais, e estas são legítimas na medida em que a decisão promane de um titular legítimo do poder constituinte.

E continua (2009, p. 58):

Quando se trata de estabelecer uma constituição nova, a decisão provém de um *poder constituinte originário*, não limitado juridicamente; se, no entanto, se cuida de modificar uma constituição existente, a decisão, para tanto, pode ser atribuída à própria legislatura ordinária, revestida, então, do

poder de reformar ou emendá-la. Nos Estados Democráticos o poder constituinte pertence ao povo. Aliás, sempre pertence ao povo; e, se uma constituição vem de outra fonte, é que ocorreu usurpação. Só o povo é legítimo para determinar, por si ou por seus representantes, o estabelecimento de uma constituição, ou para reformá-la nos limites por ela mesmos.

Sendo assim, uma Constituição será juridicamente válida se emanar do povo, legítimo detentor do poder soberano, e corresponder às expectativas sociais predominantes ao tempo de sua criação.

Por fim, José Afonso da Silva observa que (2009, p. 59):

[...] há alguns princípios universalmente aceitos, decorrentes dos sistemas normativos existentes e predominantes, que orientam a questão de legitimidade das constituições [...]. Com base neles é possível concluir pela ilegitimidade de uma constituição ainda que ela esteja sendo obedecida, cumprida e aplicada. Pois para isso pode ser que a força arbitrária é que a sustente.

Portanto, embora se afirme que uma constituição só é válida juridicamente enquanto emane de uma autoridade constituinte instituída pelo povo, também se reconhece que esta autoridade deve se guiar por alguns princípios universais, estampados em outras ordens constitucionais também legítimas.

2.3 Eficácia

A eficácia é o terceiro plano de referência normativa. A eficácia se traduz na aptidão da norma em produzir efeitos, isto é, trata-se da capacidade que a norma vigente tem de produzir efeitos jurídicos.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 62), “[...] a *eficácia* é a qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos”.

A eficácia pode ser dividida em dois tipos: eficácia social e eficácia jurídica.

A eficácia social se refere ao cumprimento da norma por parte de seus destinatários (sociedade como um todo). Utilizando os termos de Hans Kelsen, a

norma somente teria eficácia social a partir do momento que todos se orientem de acordo com o dever ser que ela representa.

A eficácia jurídica, por sua vez, é a capacidade da norma em produzir os efeitos jurídicos para os quais ela foi criada. Neste sentido, “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, 2009, p. 66). Como se vê, então, é a eficácia jurídica que permite a possibilidade de aplicação (aplicabilidade) da norma jurídica.

Em relação à eficácia, pondera Maria Helena Diniz (2005, p. 51):

A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, que conduziria ao seu sucesso.

Sendo assim, uma norma é eficaz a partir do momento em que se permite adequar às novas realidades e valores sociais, mantendo-se renovada no seu aspecto regulamentar, ao produzir efeitos jurídicos e continuar aplicável.

2.3.1 Eficácia Constitucional

A Constituição, assim como as outras normas, também pode ser analisada segundo o plano da eficácia. Como vimos anteriormente, para que uma norma revele sua aptidão em produzir efeitos jurídicos, ela deve estar em pleno vigor. Note-se, entretanto, que eficácia não se confunde com vigor.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p.52):

[...] para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas [...].

Portanto, a vigência é condição necessária para que uma norma possa demonstrar aptidão em produzir seus efeitos (eficácia). Em outras palavras,

“*vigência temporal* é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir efeitos” (DINIZ, 2006, p.395).

Note também que, como se trata da norma máxima, o plano da eficácia adquire especial relevância. Ora, a Constituição, como sendo o ápice da cadeia normativa, projeta grande importância sobre todo o ordenamento jurídico e também sobre a sociedade, que vê na Constituição um instrumento assecuratório de Direitos.

Sendo assim, a Constituição, se não o tem, deveria ter plena eficácia jurídica, já que, como norma máxima regulamentadora, deveria ser capaz de, por si só, produzir todos os efeitos jurídicos por ela pretendidos, seja por via direta (previsão expressa), seja por via indireta (inferência principiológica, por exemplo). Ora, uma Constituição, destituída de eficácia, teria sua aplicabilidade comprometida, o que prejudicaria a concretização de sua atuação transformadora e protetiva.

Portanto, é de vital importância que uma Constituição tenha capacidade de produzir efeitos, caso contrário poderia ser utilizada como mera carta de intenções, situação em que sua finalidade seria desvirtuada, transformando-se, dessa forma, em instrumento de justificação das injustiças e da própria omissão inconstitucional.

2.3.2 As três classes de efeitos jurídicos

Levando-se em consideração que o plano da eficácia está afeto aos efeitos jurídicos que a norma pode produzir, cumpre salientar a existência de, pelo menos, três classes de efeitos jurídicos, que decorrem dos três planos normativos.

Isto é, embora os efeitos jurídicos se exteriorizem no plano da eficácia, alguns deles decorrem, necessária e logicamente, dos outros planos normativos, quais sejam o da existência e validade, sendo somente outros deles inerentes, propriamente, ao plano da eficácia, entendida como medida de aplicabilidade de uma norma.

Assim, todos os planos normativos exalam efeitos jurídicos, mas estes efeitos são diferentes entre si, não podendo ser confundidos, até mesmo porque os planos de referência normativos, dos quais decorrem, são independentes uns dos outros.

Os efeitos jurídicos que decorrem do plano da existência se operam no mundo do direito. São efeitos, principalmente, inter-normativos, cujo principal exemplo é o fenômeno jurídico da revogação.

Quando uma norma existe juridicamente, isto é, é vigente, da sua existência jurídica [juridicidade plena] decorre, necessária e logicamente, o efeito de revogar qualquer legislação anterior que seja de mesma hierarquia que ela e trate de mesmo assunto, só que de forma diversa. Assim também o é com a Constituição. Ora, a partir do momento que a Norma Máxima existe juridicamente, dela decorre o efeito jurídico da revogação da ordem constitucional anterior.

Portanto, a revogação decorre de um conflito de natureza existencial entre a norma revogadora e a norma revogada, em que a primeira afasta a existência jurídica da segunda.

É de ressaltar que, embora seja um fenômeno que se opere no mundo do direito, isto é, provoca alteração no mundo jurídico, a revogação tem repercussão prática, na medida em que afasta a existência jurídica da norma anterior e determina a aplicação de seus preceitos em relação às situações a que regula.

Por outro lado, a partir da existência de uma nova Constituição, esta passa a ser o pressuposto de validade do sistema jurídico, tornando inválida toda e qualquer norma anterior, ou posterior, que com ela conflite.

Portanto, este é o efeito jurídico que decorre do plano da validade constitucional irradiante que orienta o sistema jurídico, qual seja a invalidade (não recepção) de toda legislação, ou comportamento, anterior incompatível com suas determinações, bem como a invalidade (inconstitucionalidade) de toda legislação, ou comportamento, posterior que desobedeça a suas imposições.

Nota-se que os efeitos jurídicos que decorrem do plano da validade também se operam no mundo do direito, já que o reconhecimento da invalidade de uma norma faz com que ela se torne um corpo estranho ao ordenamento jurídico no qual está inserida. É por isso que este efeito de invalidade também tem repercussões no mundo do ser, já que, reconhecida a invalidade, a norma terá sua existência desconstituída, bem como qualquer efeito de aplicação que dela decorreu e que tenha sido efetivamente cumprido.

Por fim, quando uma norma jurídica é criada, ela pode ou não, por si só, produzir efeitos jurídicos capazes de permitir que seja efetivamente aplicada no mundo do ser. Em outras palavras, como a norma jurídica regula a vida em

sociedade, espera-se que os efeitos jurídicos, para a qual foi criada, possam ser aplicados concretamente, modificando-se a realidade.

Note que é este efeito jurídico que está diretamente ligado à aplicabilidade das normas, já que é este efeito que permite a aplicação concreta da norma. Sendo assim, se a norma não tem, ao menos, possibilidade de produzir tais efeitos, sua aplicabilidade restará comprometida, não podendo influir na realidade concreta.

Então, é este o efeito jurídico que decorre, propriamente, do plano da eficácia das normas, qual seja, o efeito que possibilita a sua aplicação, chamado, neste trabalho, de efeito de aplicação.

Dessa forma, se os efeitos jurídicos que permitem a aplicabilidade das normas são somente estes últimos, somente estes devem ser levados em consideração quando da análise da extensão da possibilidade de aplicabilidade das normas, já que se trata do pressuposto necessário para tanto.

Portanto, embora todos estes efeitos pertençam ao plano da eficácia da norma, são os efeitos de aplicação que lhe são característicos por excelência, ao considerá-la como medida de aplicabilidade, já que estes são os efeitos especialmente criados para influírem no mundo concreto.

Em outras palavras, quando se fala que a aplicabilidade de uma norma é medida por sua eficácia, na verdade está se tomando como pressuposto somente os efeitos jurídicos de aplicação, já que os outros efeitos se operam independentemente da capacidade da norma em alterar a realidade social.

Luiz Alberto David Araujo trata, em sua obra, brevemente sobre a matéria. Tem-se sua lição (2006, p. 18-19):

A eficácia jurídica das normas constitucionais conhece, por sua vez, dois níveis de manifestação: o sintático e o semântico. Aquele diz respeito às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais. Este, ao predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular. A norma constitucional, quando menos, possui eficácia sintática, gerando a inconstitucionalidade de todos os atos normativos infraconstitucionais incompatíveis com ela, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando os atos normativos a ela anteriores e com ela incompatíveis e, por fim, servindo de limite para a interpretação das demais normas constitucionais que com ela venham a se chocar.

Veja, então, que Luiz Alberto David Araujo diz que a eficácia da norma constitucional se manifesta em dois níveis: o sintático e o semântico. O nível

sintático corresponde à relação que a norma constitucional tem com as demais normas do ordenamento jurídico, isto é, trata-se de uma relação de subordinação, de obediência. Por sua vez, o semântico corresponde à capacidade que a norma tem de gerar concretamente o efeito para qual foi criada, isto é, de gerar efetivamente o direito a quem seu texto prescreve.

O efeito sintático corresponderia, na nossa análise, aos efeitos que decorrem do plano da existência e da validade da norma constitucional, já que tal efeito é responsável por tornar não recepcionados os atos anteriores à Constituição, tornar inconstitucionais os atos posteriores a ela, e condicionar a interpretação decorrente do choque de valores constitucionais, bem como a interpretação de toda legislação infraconstitucional segundo os parâmetros da Constituição.

O efeito semântico, por sua vez, corresponderia, na nossa análise, aos efeitos de aplicação [concreta], necessários à aplicabilidade da norma. Isto porque, tal efeito é responsável por permitir a geração concreta do direito ao destinatário pretendido pela norma. Em outras palavras, tal efeito é responsável por permitir que a norma efetivamente altere o mundo do ser, através de sua aplicação.

2.4 Aplicabilidade

A aplicabilidade é um instituto intimamente relacionado à eficácia. Isto porque, somente ante a possibilidade produção de efeitos jurídicos realizáveis concretamente (efeitos de aplicação) é que a norma poderá ser aplicada, e efetivamente conceder os direitos por ela previstos.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 60):

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

Veja, então, que o fator determinante da aplicação da norma é que a mesma seja eficaz, porque se a norma não tem como produzir efeitos, não há possibilidade de aplicação concreta.

E continua (2009, p.60):

Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Sendo assim, a aplicabilidade de uma norma está conectada com a sua eficácia. Isso porque se uma norma vigente não é capaz de produzir efeitos jurídicos, então sua aplicabilidade restará comprometida, já que o que se deveria aplicar (efeito), não existe e não há como ser produzido, ou, pelo menos, não imediatamente.

Portanto, aplicabilidade é o meio através do qual a eficácia opera. Em outras palavras a aplicabilidade da norma é responsável pela materialização, no mundo do ser, dos efeitos por ela previstos.

Note então que, da mesma forma que somente pode se falar em vigor se uma norma está vigente, somente se pode falar em aplicação se uma norma é eficaz.

2.4.1 Aplicabilidade constitucional

Como já dissemos anteriormente, o ideal é que uma Constituição, como instância reguladora máxima, tenha eficácia jurídica plena. Desta eficácia plena decorre, também, a aplicabilidade plena das normas constitucionais. Isto significa dizer que se uma Constituição tivesse eficácia e aplicabilidade plenas, todos os efeitos jurídicos por ela pretendidos seriam concretizados faticamente.

Entretanto, esta é uma situação ideal que não se observa hoje. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 93):

[...] Não se pode esquecer que, em que pese o direito existir para realizar-se, isto depende da capacidade de aplicação de suas normas, pois a norma só pode ser aplicada se estiver apta para incidir, e as normas constitucionais, espécie do gênero normas jurídicas, não fogem à necessidade da aptidão para que possam realizar-se no mundo fenomênico, o que depende do modo como regula a matéria de que trata.

Assim, embora a Constituição seja a norma máxima de uma ordem normativa, seus preceitos também se submetem à análise da aptidão de produção de efeitos, para que possa ser efetivamente aplicada.

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 100):

Importa fixar que é da análise do preceito constitucional que o interprete pode concluir sobre a sua capacidade de aplicação, vale dizer, se o comando contido na norma é completo, se sua eficácia é plena, e incide diretamente sobre a matéria que lhe serve de objeto, ou, ao contrário, se para sua aplicação necessita da elaboração de outras normas (ordinárias ou complementares), que completem o seu alcance e o seu sentido.

Dessa forma, a análise da aplicabilidade vai ser feita de acordo com a estrutura normativa do preceito posto sob análise. Se a estrutura normativa é completa, ou suficientemente completa, o preceito é aplicável, ao passo que se a estrutura normativa é insuficiente, o preceito deve ser complementado para que possa ser aplicado.

Sendo assim, muitas normas constitucionais não possuem eficácia plena, isto é, não são capazes de produzir, por si só, efeitos jurídicos; por conseqüência, sua aplicabilidade fica comprometida. E o comprometimento da aplicabilidade constitucional é de causar preocupação, principalmente porque a Constituição representa os anseios de toda uma nação, e a deficiência na sua aplicação significa que os objetivos para qual foi criada não estão sendo legitimamente cumpridos por quem o deveria fazer.

Dessa forma, o comprometimento de aplicabilidade constitucional, muitas vezes, é causado pelos próprios agentes que ocupam o poder, já que deveriam se orientar da forma como manda a Constituição, mas acabam por se orientar de outra, a propósito ilegítima.

Soma-se a isso o fato de que a própria Constituição regula determinadas matérias de forma mediata, isto é, algumas de suas normas, para que possam ser aplicadas, dependem da existência de outra norma.

Conforme Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 97):

Nem todas as normas que integram uma Constituição são passíveis de incidir diretamente sobre a realidade de que tratam. Muitas só poderão ser aplicadas, no sentido de sua execução plena, quando da interposição de uma outra norma, genérica e abstrata, entre o que enuncia e a concretização por ela visada. Esta aptidão para atuar depende do modo

como a norma regula a matéria, ou seja, a plena incidência normativa está condicionada pela forma em que regula a respectiva matéria.

Ora, a existência desta norma regulamentadora depende da boa vontade daquele que ocupa o poder em criá-la. Isso significa que, a princípio, se a legislação regulamentadora não vier a ser criada, a Constituição não poderá ser aplicada em sua plenitude.

Entretanto, a Constituição, dotada de normatividade máxima, não pode se deixar violar, ela deve se afirmar perante as ações ou omissões ilegítimas que contra ela agem. E a Constituição exercerá esta postura através daqueles que estão dispostos a fazer com que seja cumprida, observada e efetivamente aplicada.

Portanto, a aplicabilidade das normas constitucionais é um assunto de suma importância, o que fez com que vários estudiosos do direito se propusessem a estudá-lo, mas que não cabe aqui a análise de tais estudos.

2.5 A relação entre o poder constituinte e os três planos normativos

Quando da formação da Constituição, o poder constituinte originário assume sua expressão máxima, já que ele representa a pureza das intenções da população, que serão canalizadas na formação da nova ordem jurídica constitucional.

Nota-se, dessa forma, que o Poder Constituinte Originário se manifesta na vontade dos seus titulares (povo), dando ensejo à instrumentalização das normas jurídicas, a fim de que toda a estrutura do Estado seja criada. Estas normas determinam a submissão do próprio Estado, e de toda sua estrutura, englobando-se aqui os poderes constituídos, por serem expressão máxima da democracia atuante.

Veja que, segundo Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1993, p.94-95), o Poder Constituinte é caracterizado por ser inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado.

O poder constituinte é inicial porque a sua gênese é espontânea, não havendo outro poder que lhe seja superior, nem mesmo outro poder que lhe seja anterior. Exprime, então, o poder constituinte, a vontade predominante na sociedade, quando da sua manifestação.

Sendo assim, o poder constituinte, por ser inicial, inaugura uma jurídica constitucional inicial, pressuposto de revogação da Constituição anterior, e invalidade dos atos normativos infraconstitucionais produzidos sob a égide da antiga constituição (ARAUJO, 2006, p. 10).

Maurício Lopes é enfático ao dizer que (1993, p.94-95):

A inicialidade não está, de maneira alguma, a afastar a idéia de permanência do Poder Constituinte, pois o mesmo não desaparece com a realização da obra. Segundo Ferreira Filho, salienta Sieyès que a nação não fica submetida à Constituição que ela estabeleceu pelo seu Poder Constituinte. Só os poderes constituídos ficam assim submetidos.

O poder constituinte é autônomo porque cabe somente ao titular de tal poder determinar como será estruturada a nova ordem jurídica constitucional. Além disso, é ilimitado, posto que não se subordina à ordem jurídica anterior, podendo se exteriorizar em caráter ilimitado, isto é “não há limites para criação de sua obra” (ARAUJO, 2006, p10).

Embora se afirme que o poder constituinte é ilimitado, alguns autores ponderam alguns limites ao mesmo, como o respeito aos direitos humanos. É claro estes limites são exclusivamente morais, ou “extrajurídicos” (LOPES, p. 98). Como já anotamos no tópico anterior, um destes autores é justamente José Afonso da Silva, ao afirmar que a nova ordem jurídica constitucional deve se orientar segundo “princípios universalmente aceitos” (2009, p.59)

Por derradeiro, é incondicionado, porque a sua gênese não é condicionada a qualquer procedimento formal de criação. Sendo assim, o poder constituinte pode se manifestar por qualquer forma, desde que legitimada por seu titular (povo).

Quando da manifestação plena do poder constituinte, uma nova ordem jurídica constitucional se forma. Ressalta-se que como se trata de um poder inicial, ilimitado, incondicionado e autônomo, as perspectivas e anseios mais importantes são inseridos no novo texto constitucional.

Sendo assim, não há meras intenções ou devaneios na nova ordem constitucional, devendo os mandamentos criados serem integralmente cumpridos pelos poderes constituídos. Em outras palavras, os efeitos pretendidos pela Carta Constitucional devem ser efetivamente respeitados, aplicados e concretizados, já que esta era a vontade constituinte soberana.

Nota-se que, depois de produzir toda uma ordem jurídica, o poder constituinte entra em estado de latência, permanecendo vivo na vontade e no espírito de cada um de seus titulares, esperando a hora em que terá que se exteriorizar novamente (LOPES, 1003, p.95).

Observa-se que, antevendo seu estado de latência, o poder constituinte prevê mecanismos de alteração da ordem jurídica por ele criada, justamente para permitir o desenvolvimento desta ordem, de acordo com o desenvolvimento da sociedade e as exigências da modernidade. Estes mecanismos de alteração caracterizam o poder constituinte reformador. Este “[...] vincula-se a um poder criador de ordem jurídica, ao mesmo tempo em que se assemelha a um poder instituído” (LOPES, 1993, p. 122).

Vê-se, então, que enquanto o poder constituinte originário é ilimitado, incondicionado e autônomo, o poder constituinte reformador é derivado, limitado e condicionado. Derivado porque é uma expressão do poder constituinte, limitado posto que lhe foram impostos limites, impedindo-se a sua atuação em determinados casos, e condicionado porque a sua atuação reformadora é condicionada aos procedimentos impostos e determinados pelo poder constituinte originário.

A principal característica do poder reformador é a sua limitação. Com efeito, o poder reformador é limitado no sentido de que não pode se prestar a suprimir as perspectivas inseridas originariamente no texto Constitucional, principalmente os direitos e garantias dos cidadãos.

Embora estas considerações pareçam deslocadas, elas são pertinentes à temática. Por exemplo, em relação às normas constitucionais não regulamentadas, a potencialidade do poder constituinte originário surge como forma de obrigar o cumprimento das normas constitucionais, mesmo em relação àquelas “desprovidas” de efeitos de aplicação, já que aquela era a intenção dos constituintes, devendo ser respeitada.

Além disso, as propostas de alterações da Constituição que visem restringir direitos fundamentais, bem como outras garantias fundamentais, também devem se orientar de acordo com a potencialidade originária, sob pena de serem consideradas inválidas ou não.

3 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, demonstramos que claramente existem três planos normativos bem definidos: existência, validade e eficácia. Destes, decorrem efeitos jurídicos também bem definidos, que não se confundem entre si.

Do plano da existência decorre o efeito da revogação de norma anterior, de mesma hierarquia, que trate mesmo assunto de forma diversa. Do plano da validade decorre o efeito da invalidade da norma anterior, ou da norma posterior, que disponha de forma contrária à Constituição, fundamento de validade do sistema.

Do plano da eficácia decorrem, por excelência, os efeitos de aplicação. Sendo assim, a aplicabilidade de uma norma é medida pelos efeitos de aplicação que está apta a produzir. Isto significa que se uma norma não produz, por si só, efeitos de aplicação, infelizmente ela não é aplicável.

A problemática ganha relevância quando a discussão atinge as normas constitucionais. Note que os planos normativos da Constituição, como norma jurídica que é, tem feições semelhantes aos planos de qualquer norma, só que, por estes estarem ligados à *Lex Mater*, eles se superdimensionam. Tanto é verdade que do plano de validade constitucional decorre o seu poder de constrangimento compatibilizador, razão pela qual a norma máxima tem o condão de obrigar tudo e a todos a obedecerem aos seus comandos.

Da mesma forma, como norma jurídica que é, também necessita de efeitos de aplicação para que possa ser efetivamente concretizada no mundo do ser, de tal sorte que se estes efeitos estão ausentes, a norma, pelo menos por si só, fatalmente não será aplicável. Veja, ao dizer que uma norma constitucional não é aplicável, isso não quer dizer que ela não possua efeitos jurídicos. Ela ainda continuará apta a revogar norma anterior, ou a tornar inválida qualquer norma ou comportamento anterior, ou posterior, que desobedeçam suas imposições.

Sendo assim, não podemos nos contentar em dizer que uma norma constitucional, se destituída de efeitos de aplicabilidade, possui, “ao menos”, eficácia de constrangimento da ordem jurídica submetida ao seu império, porque isso seria, data vênica, redundância.

Temos que assumir uma postura crítica, inovadora, de modo a romper com a infundada dogmática que decretou a impossibilidade de exigibilidade de

cumprimento das normas constitucionais por aqueles que possuem esse *dever constitucionalmente imposto*. Ora, a Constituição é fruto de toda a potencialidade do poder constituinte originário, expressão máxima da democracia atuante, por representar a vontade de todo um povo. Sendo assim, toda a ordem por ela imposta é dotada de uma força potencialmente indestrutível, e invariavelmente concretizável.

4 BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2003.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. 11 ed. adaptada à Lei n. 10.406; São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 6 ed. atual.; São Paulo, Saraiva, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais pragmáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol I, 2 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** [tradução João Baptista Machado]. 6 ed.; São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed.; São Paulo, Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed.; São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed., rev. e atual.; São Paulo: Malheiros Editores, 2009.