

O tempo como fator de aplicabilidade das normas constitucionais¹

Walter Claudius Rothenburg²
Procurador Regional da República

Sumário: 1. O tempo, a realidade e a aplicabilidade. 2. Ambiente doutrinário. 3. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e seu tempo. 4. Exemplos reais e hipotéticos. 4.1. Proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. 4.1. Benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos. 4.3. A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas; as datas comemorativas de alta significação. 4.4. Vedação ao nepotismo. 5. O tempo da política.

“Se você me perguntasse qual é a situação mais desagradável que existe, eu diria que é a ausência de medida. Dependemos totalmente dela. A vida é vazia demais para o nosso gosto, aberta demais; inventamos todo tipo de coisas onde nos agarramos: nomes, datas, medidas, acontecimentos. Portanto me deixe em paz. Não tenho nada mais do que minhas convenções, e por isso continuarei me referindo simplesmente a dia e hora, mesmo que nossa viagem parecesse não ter a menor percepção de seus ditames. Os Sioux não tinham uma palavra para tempo, mas ainda não cheguei a este ponto, ainda que seja um aprendiz rápido.”

(Cees Nooteboom)³

¹ As ideias deste texto foram originalmente apresentadas em colóquio sobre os vinte anos da Constituição brasileira de 1988 (Petrópolis-RJ, agosto de 2008). O texto (O tempo e a aplicabilidade das normas constitucionais) veio a ser publicado como capítulo no livro *Vinte anos da Constituição Federal de 1988* (coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 387-398) e como artigo na *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n. 8, p. 151-164, out./dez. 2008.

² Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade de Paris II. Professor de Direito Constitucional. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC.

³ *A seguinte história*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 85.

A possibilidade de aplicação das normas constitucionais em face de lacunas e insuficiências normativas é tendencialmente mais direta à medida que o tempo passa. Isso significa conferir um peso decisivo ao fator “tempo” em relação à aplicabilidade das normas constitucionais, ou seja, emprestar ao fator “tempo” um papel de destaque na interpretação constitucional.

1. O tempo, a realidade e a aplicabilidade

Embora diversos fatores possam concorrer para que ocorra a aplicação das normas constitucionais ao longo do tempo, o problema da falta de norma complementar ou a deficiência normativa, por causa da inação dos responsáveis pela integração das normas constitucionais, pode – e tende mesmo a – ser superado.

Tomemos o art. 206, VI, da Constituição brasileira, que preceitua a “gestão democrática do ensino público, na forma da lei”, o que pode oscilar em função de um governo mais ou menos autoritário do setor, ou mesmo em função do maior ou menor interesse da comunidade (por exemplo, pouca atenção dada à questão pelos meios de comunicação). A integração normativa requerida, no entanto, é um fator para a aplicação da norma constitucional cuja necessidade vem a reduzir-se. Se, com o tempo, a lei referida não é editada, importa aplicar a norma constitucional independentemente de legislação de integração. As exigências (normativas e não normativas) de integração devem ser satisfeitas, ainda que temporariamente, de outros modos: normas regulamentares (decretos autônomos) ao invés de lei formal (enquanto esta não vem), deliberações locais (como a implementação de colegiados diretores com a participação de representantes da comunidade), até mesmo ordens judiciais (em ações civis públicas). A interpretação da norma constitucional, no que diz respeito à sua aplicabilidade, deve levar em consideração o tempo.

A teoria da aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais preocupa-se principalmente com a estrutura normativa: se a norma depende ou não de integração, especialmente por meio de outras normas jurídicas infraconstitucionais. Seriam, dito genericamente, “programáticas” – por oposição às normas “operativas” (cuja eficácia não depende “de condições institucionais ou de fato”) – aquelas normas constitucionais “que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas *fora* ou *além* do texto

constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 28). A discussão, portanto, é sobre a completude normativa dos dispositivos constitucionais, e é este o ponto que nos interessará. Trata-se de uma teoria até certo ponto “endógena”, mas que não ignora a eficácia externa (efetividade) das normas constitucionais: a eficácia “jurídica” como requisito da eficácia “social” ou efetividade e, mais além, a eficácia jurídica *em função* da eficácia social.

O que pretendo enfatizar é um aspecto certamente subentendido pela teoria, mas que talvez mereça maior atenção: a suposta necessidade ou oportunidade de integração normativa tende a arrefecer com o tempo. Assim, a análise do fator “tempo” é importante para definir a aplicabilidade das normas constitucionais. Ademais, a consideração do tempo conecta a perspectiva “endógena” à “exógena”, lembrando que é sempre preciso atentar para a realidade do “mundo exterior”, ou melhor, que estas perspectivas não são tão distintas assim, pois o fenômeno jurídico compõe-se de uma dimensão factual (MÜLLER, 1996): “É correto que os fenômenos não se localizem apenas na história, mas tenham – e isto vale ao menos para os fenômenos do universo humano – simultaneamente o ‘tempo’ como momento da sua estrutura interna.” (MÜLLER, 2007, p. 99).

O grande desafio do Direito não está na aplicabilidade, mas na efetiva aplicação (efetividade) das normas, e, com o tempo, esmaece a importância da discussão a propósito da eventual necessidade de integração normativa dos dispositivos constitucionais (aplicabilidade), superada pela discussão – sempre presente – a respeito do efetivo cumprimento das determinações constitucionais (aplicação).

Sempre haverá espaço para a atuação daqueles que devem oferecer condições para a realização dos comandos constitucionais, especialmente os órgãos públicos, conquanto esta atuação possa não ser necessária ou se tornar superável em face da omissão.

Tomemos como exemplo o direito de locomoção (previsto no art. 5º, XV, da Constituição), que provavelmente mais assegurado estará, quanto menor for a cidade e melhor o poder aquisitivo dos cidadãos, o que não impede – e sempre recomenda – que se otimizem as condições de trânsito urbano. Nas metrópoles, contudo, o direito de locomoção depende de serviços públicos. Por isso, o transporte coletivo urbano tem sua essencialidade reconhecida pela Constituição (art. 30, V), sendo atribuído aos Municípios. A mera distribuição constitucional de competência já configura limitação normativa (ao estabelecer que

os Municípios e não os demais entes da federação têm a aludida atribuição) e dela decorre também a limitação normativa quanto ao exercício desta competência (será preciso que os Municípios atuem, editando normas e adotando as demais providências necessárias).

Ao interpretar as normas constitucionais pertinentes ao direito de locomoção e ao transporte coletivo urbano, para resolver problemas em ambos os âmbitos de limitação normativa, deve-se ter em conta o tempo. Assim, no tocante à competência constitucional, a inação do Município pode levar à abertura de espaço para a atuação do Estado-Membro, por exemplo, para a prestação direta do serviço ou para a realização de outras atividades implicadas, como a realização de estudos de impacto ambiental. Quanto ao exercício dessa competência constitucional, pode-se, sem precisar sair da esfera municipal, cogitar de uma desinvestidura do Executivo (Prefeitura) inerte, com o Legislativo (Câmara) a deferir a uma organização não governamental, por exemplo, a prestação do serviço.

O exemplo é artificial, mas ilustra o esforço em se proporcionar aplicação integral às normas constitucionais e superar a falta de integração normativa “convencional”, reconfigurando a teoria da aplicabilidade em função do tempo.

O exemplo também é revelador da assunção de algumas posições teóricas mais ou menos diretamente implicadas, como o reconhecimento do caráter dúplice dos direitos constitucionais fundamentais como de defesa e prestacionais, ao invés de uma distinção entre ambas as categorias; a negação do exclusivismo na separação de poderes estatais, o que implica uma relativização da necessidade de interposição legislativa, um espaço acentuado para a manifestação do Poder Judiciário e das “funções essenciais à Justiça” e, sobretudo, a admissão de soluções específicas e contextualizadas; a aceitação de que as Constituições podem e devem estabelecer determinações mais ou menos específicas, principalmente no campo dos direitos fundamentais (sociais inclusive).

2. Ambiente doutrinário

Ter acompanhado os vinte primeiros anos da atual Constituição do Brasil e invocar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais confessa certa idade. Seria admitir os pressupostos do Estado Social, do

dirigismo constitucional, da judicialização da política – pressupostos “fora de moda”?

Não há como fugir totalmente desses pressupostos no quadro da Constituição de 1988, sob pena de fugir da própria Constituição de 1988 e sustentar que “*não vale o escrito*” (BARROSO, 2003, p. 156). Entretanto, não é preciso pretender que a Constituição regule tudo por ela mesma, senão que muita coisa a partir dela mesma. É justamente a concretização da Constituição para além do modelo clássico da imprescindibilidade de interposição legislativa que dá conta do “*alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada*” (CANOTILHO, 2001, prefácio, X).

Não é preciso desconsiderar o Legislativo, o Executivo e as instâncias eminentemente políticas do Estado. Ao contrário, deve-se reconhecer o papel primordial que lhes cabe na articulação das expectativas da sociedade, mas sem ignorar as orientações de atuação definidas na Constituição e, sobretudo, sem renunciar a mecanismos de superação de eventual insuficiência ou omissão. A questão, portanto, não é de menosprezar a necessidade (e a legitimação democrática) de interposição legislativa⁴, mas de avaliar até quando será lícito aguardar por ela.

Não é preciso remeter todas as expectativas para o foro judicial, porém considerar também essa alternativa – eventualmente subsidiária e certamente derradeira – diante dos termos claros de que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (Constituição, art. 5º, XXXV), pois o juiz “é o guardião das promessas” (OST, 2005, p. 177). É o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 352), com vistas nos direitos sociais: “a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador”.

Momentos constituintes, refundantes de uma sociedade no plano político-jurídico, são convites à sementeira. A época de elaboração de uma Constituição democrática e compromissória tem uma vocação natural para a expansão. Digo isso para, uma vez mais, invocar o tempo de cada fenômeno. As revisões desencantadas do dirigismo constitucional acontecem – e só podem mesmo acontecer – em retrospectiva: seu momento é o das reformas à Constituição. Enquanto não alterada, a

⁴ CANOTILHO, 2001, prefácio, XVI.

Constituição mantém suas promessas e compromissos, que demandam permanente aplicação e constante revitalização. Por conseguinte, não se deve corromper a potencialidade da Constituição de 1988, tal como ela foi feita e se apresenta, por conta de um ceticismo atual que, ao projetar-se para o passado, nega a própria juridicidade.

A encampação “antropofágica” ou superação “dialética” da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e de seu entorno doutrinário permite, ainda, sintonizar algumas ondas da “pós-modernidade” constitucional (TORRES, 2007, p. 962) – do “neoconstitucionalismo”, dirão alguns⁵ –, como a importância dos princípios (com o espaço concedido à aplicação “tópica”, argumentativa), a abertura para o Direito supranacional e, principalmente, a predominância dos direitos fundamentais. A importância dos princípios (mesmo que a diferença essencial para com as demais normas seja hoje mitigada: Ávila (2003); Dimoulis (2006, p. 61-62); Dimoulis e Lunardi (2008) é ressaltada, pois sua baixa “densidade semântico-normativa” é mitigada pelo tempo. A abertura para o Direito supranacional é ressaltada, pois o dogma da soberania estatal impede a mobilização de outras fontes normativas além do Legislativo e demais instâncias nacionais, fontes que, estimuladas pelo tempo, podem ser encontradas no plano internacional. A predominância dos direitos fundamentais é ressaltada, visto que sua satisfação é buscada a qualquer custo, menos o do tempo.

3. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e seu tempo

Tem sido afirmado que a ênfase dada à aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais é uma característica – portanto, um diferencial – da doutrina constitucionalista brasileira. Diversos constitucionalistas pátrios ocuparam-se do tema,⁶ sendo destacada a classificação apresentada pelo Prof. José Afonso da Silva (1982). Com efeito, a efetividade ou força normativa da Constituição depende da aplicabilidade que se confira às normas constitucionais. Do ponto de

⁵ Por exemplo: Sanchís (2004); Moreira (2001).

⁶ Entre as propostas apresentadas: J. H. Meirelles Teixeira, *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 295-361; Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982; Maria Helena Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

vista prático, a boa ou má vontade revelada pela atribuição ou não de aplicabilidade imediata às normas constitucionais revela a intenção política de dar ou não cumprimento à Constituição, sendo, assim, índice de maior ou menor estima constitucional. Se essas considerações são comuns à doutrina constitucionalista em geral, o desenvolvimento da teoria da aplicabilidade ou eficácia jurídica das normas constitucionais e a ênfase que tem recebido no Brasil são ímpares. Diversos de nossos manuais de Direito Constitucional contêm capítulo específico.⁷

Curiosamente, a preocupação com a completude “estrutural” das normas jurídicas encontrou espaço no Direito Constitucional, a revelar o glamour deste ramo. Peculiaridades, como a importância democrática da interposição legislativa e o caráter acentuadamente principiológico de muitas normas constitucionais, explicam a ênfase que se emprestou ao tema no âmbito do Direito Constitucional. Todavia, a questão da aplicabilidade não é exclusiva do Direito Constitucional e apresenta-se nos diversos setores do Direito (por exemplo, no Direito Criminal, quanto às normas penais em branco) e na relação entre as diversas espécies normativas (leis e regulamentos, até mesmo contratos etc.); é tema de Teoria Geral do Direito, por conseguinte.

O discurso acerca da aplicabilidade das normas constitucionais assentou-se, portanto, no Direito Constitucional brasileiro. Arrisco afirmar que, paradoxalmente, ao convencer sobre a importância da discussão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais e criticar a manobra diversionista que representa a negativa em conferir-lhes a mais imediata aplicabilidade possível (como anota em linguagem elegante André Ramos Tavares (2006, p. 97), “os responsáveis pela implementação concreta da Constituição têm-lhe podado as vontades reais sob o argumento, já desbotado pelo uso recorrente, da mera programaticidade”) – sim, pois me parece que a doutrina da aplicabilidade é engajada: não fica apenas na descrição –, a teoria estimula o reconhecimento de uma tendencial aplicabilidade imediata. Esta, ao generalizar-se, provoca a perda de sentido da classificação, quase resumida a uma única categoria.

⁷ Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de direito constitucional*, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18-24; André Ramos Tavares, *Curso de direito constitucional*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87-97; Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*, 8. ed., São Paulo: Método, 2005, p. 73-83; Guilherme Peña de Moraes, *Direito constitucional – teoria da constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 83-94; Walber de Moura Agra, *Curso de direito constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63-72; Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 39-41; Zulmar Fachin, *Curso de direito constitucional*, 3. ed., São Paulo: Método, 2008, p. 121-131.

A partir de outra acurada visão, com a qual concordamos no geral, considera-se a teoria tradicional da aplicabilidade das normas constitucionais superada no sentido de que nenhuma norma constitucional é suficiente e todas dependem, em maior ou menor medida, “de algum tipo de regulamentação”, bem como são suscetíveis “de algum tipo de restrição” (SILVA, 2005, p. 303-305). Também essa perspectiva tira força à classificação. Ela acentua a inafastável possibilidade de integração em geral, mas talvez não negue definitivamente a possibilidade de suficiência estritamente normativa das normas constitucionais.

Mais grave é o efeito contrário que a teoria pode provocar: ante um amplo reconhecimento da tendencial aplicabilidade imediata das normas constitucionais, a invocação de outras formas de aplicabilidade funciona como obstáculo, com objetivo reacionário. Ao criticar a tradicional teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, Sergio Fernando Moro adverte:

A abordagem “semântica” da questão da aplicabilidade das normas constitucionais compromete, desnecessariamente, o esquema aqui resumido. Sua conseqüência prática é impedir a concretização judicial de determinadas normas constitucionais, aquelas que forem classificadas como de ‘aplicabilidade mediata’, como se o Judiciário abdicasse de sua responsabilidade de controle da atividade legislativa em relação a parte, às vezes, substancial, da Constituição.

Com preocupação semelhante, aduz Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 265, nota 173):

Nascida [a questão da efetividade das normas programáticas] como um mecanismo de tornar a Constituição instrumento de melhoria da qualidade de vida no Brasil, passou a ser empregada na jurisprudência como mecanismo de sonegar os direitos sociais.

Assim, de avançada e comprometida com a efetividade da Constituição, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais corre o risco de ser utilizada de modo retrógrado, para evitar o cumprimento da Constituição.

O paradoxo proposto por este texto está, então, em utilizar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e até acrescentar-lhe um componente, quando a teoria esboça sinais de honroso esgotamento.

Com efeito, e de acordo com Silva (2005, p. 307-310), a teoria tradicional da aplicabilidade das normas constitucionais baseia-se numa interpretação eminentemente textual e não considera devidamente a necessidade de atuação – sobretudo estatal – para a concretização das normas constitucionais em geral (“plano jurídico-empírico”, ou seja, vinculação essencial do fenômeno jurídico à realidade). Parece-me que o autor destaca a dimensão temporal, ao fazer depender a aplicabilidade imediata das normas constitucionais da existência de condições fáticas (ou seja, de *quando* estas estão presentes), antes que de integração normativa.

O reconhecimento da plena aplicabilidade das normas e, então, a superação da classificação, é também uma tendência do Direito Internacional (inclusive o Direito Comunitário), especialmente no campo dos direitos humanos (direitos fundamentais). Quanto aos direitos humanos, o reconhecimento dessa eficácia jurídica plena é sustentado por Piovesan (1997, p. 103) a partir do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira:

Ora, se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata.

O exemplo do Direito Comunitário é interessante pelo “caso Francovich”, em que o passar do tempo produziu a responsabilização da Itália por não haver implementado internamente (no plano legislativo) uma diretiva comunitária sobre a proteção dos trabalhadores em face da falência ou insolvência do empregador e, assim, não haver garantido direitos de duas trabalhadoras (CANOTILHO, 2001, prefácio, XXVII-XXIX). Aqui, o reconhecimento da possibilidade de aplicação direta da norma internacional (comunitária) redundou na responsabilização internacional do Estado.⁸

⁸ Agradeço ao amigo André de Carvalho Ramos a indicação do “caso Francovich” e da doutrina que se lhe seguiu. A propósito, do autor, *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos – seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional* (2004).

4. Exemplos reais e hipotéticos

O tempo sempre é relevante para a aplicabilidade das normas constitucionais e ainda mais à medida que o Direito infraconstitucional vai sendo criado ou adaptado à Constituição que um dia foi nova. Com a produção legislativa, há uma tendencial complementação das normas constitucionais que demandam integração normativa (normas constitucionais de aplicabilidade reduzida e diferida) e uma tendencial definição das restrições a que são suscetíveis as “normas constitucionais de eficácia contida”. Embora a atividade legislativa seja dinâmica e o processo de integração, contínuo, essa integração, com o passar do tempo, tende a apresentar-se não mais de forma originária, mas em renovação, reconfiguração.

Porém, quando a falta de integração normativa (lacuna, omissão) persiste ou quando as reconfigurações não mantêm o grau de aplicabilidade, o tempo recomenda uma interpretação no sentido de conferir a mais direta e ampla aplicabilidade possível.

Algumas situações ocorridas no Brasil oferecem campo experimental para a tese.

4.1. Proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa

Uma norma que, de início, é tranquilamente classificada como carente de autoaplicabilidade integral e demandante de integração, pode passar, ante a persistência da omissão normativa, a prescindir de integração e ser considerada de aplicabilidade imediata. É o caso da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da Constituição: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”): a exigência de lei complementar deve ceder à possibilidade de aplicação direta pelo árbitro ou juiz, que, no caso concreto, pode fixar uma indenização compensatória e não apenas isso, pois o próprio texto constitucional assegura ainda outros direitos, sem especificar. Senão, seria razoável ao menos buscar no Direito Internacional um lenitivo à omissão do Legislativo brasileiro: a possibilidade de utilização da norma internacional (Convenção 158 da OIT) em lugar da (inexistente)

norma interna, para a integração desse dispositivo constitucional (ROTHENBURG, 2005, p. 75-77).

4.2. Benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos

Determina a Constituição brasileira que, às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos (categorias em situação de fragilidade social) “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (fragilidade qualificada pela carência econômica), será assegurada uma renda de “um salário mínimo de benefício mensal”, tudo “conforme dispuser a lei”.

É uma norma interessante, que bem poderia figurar apenas na legislação infraconstitucional de assistência social. Entretanto, o assunto foi expressa e originariamente constitucionalizado. Exemplifica o pendor analítico, “prolixo” (BONAVIDES, 1996, p. 74), de nossa Constituição. Não vejo nele, porém, um mau exemplo, pois densifica o princípio da isonomia na perspectiva concreta do Brasil, onde as desigualdades são tão gritantes e a expectativa constitucional é de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

São de fácil extração da própria literalidade do dispositivo constitucional as informações suficientes à aplicação da norma. A remissão à lei - também clara, também textual, também originária - é um evidente reconhecimento ao espaço de conformação pelo Legislativo, no contexto complexo das condições orçamentárias, mas a aplicabilidade do dispositivo precisa ser definida sob o influxo do tempo. Não é adequado imaginar que, por algum momento, a norma constitucional sob comento carecesse de possibilidade de aplicação imediata: desde a entrada em vigor, a Constituição determinou claramente que o Estado brasileiro pagasse mensalmente às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos carentes pelo menos um salário mínimo por mês. A legislação integrativa deve(ria) regulamentar a forma de pagamento (requisitos razoáveis para se aferir a carência, órgão encarregado etc.), porém a falta ou insuficiência dessa legislação não elide a configuração, desde logo, de um direito subjetivo. Portanto, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 213.736/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000), de que se tratava de um dispositivo constitucional não autoaplicável, cuja eficácia jurídica somente teria

surgido com a edição da Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social, desconsiderou a imediatidade da determinação constitucional.

O fator “tempo” volta a merecer atenção atualmente e suscitar uma reinterpretação, desta vez da legislação infraconstitucional, cuja disciplina se torna incompatível com o comando constitucional: o limite fixado na Lei 8.742/1993, de renda familiar mensal de um quarto do salário mínimo por pessoa (art. 20, § 3º), vem-se mostrando insuficiente à luz de outras bases utilizadas pelo próprio Legislativo. Com efeito, a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, determina que os recursos federais serão destinados às famílias que se enquadrarem em determinados parâmetros, previstos nos incisos do dispositivo, dentre os quais a renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo (art. 5º, I).⁹ A partir da reforma à Constituição veiculada pela Emenda Constitucional 31/2000, que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, foi editada a Lei Complementar 111/2001, que remeteu ao Executivo a definição do conceito de linha de pobreza (art. 3º, § 2º); este estabeleceu que o valor da linha de pobreza é equivalente a $\frac{1}{2}$ salário mínimo (Decreto 3.997/2001, art. 4º, I).¹⁰ Também a Lei 10.689/2003, que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, estabelece que os benefícios serão concedidos para a unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo (art. 2º, § 2º).¹¹ Ocorre, então, de a integração normativa fornecida pelo Legislativo revelar-se ultrapassada, insuficiente, a suscitar a plena integração do comando constitucional por outros meios, abrindo-se maior espaço à apreciação jurisdicional.

⁹ “Art. 5º Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I – renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo; [...]”

¹⁰ “Art. 4º Para o corrente ano [2001], os recursos do Fundo serão destinados: I – a famílias cuja renda *per capita* seja inferior a R\$ 90,00 (noventa reais); [...]”. O Decreto 3.997/2001 foi revogado pelo Decreto 4.564/2003, que estabelece: “Art. 4º Os recursos do Fundo serão direcionados a ações que tenham como alvo: I – famílias cuja renda *per capita* seja inferior à linha de pobreza e indivíduos em igual situação de renda; [...]” Parágrafo único. A linha de pobreza ou conceito que venha a substituí-la e os municípios que apresentem condições de vida desfavoráveis serão definidos, para fins deste Decreto, e divulgados, a cada ano, pelo órgão gestor do Fundo.”

¹¹ “Art. 2º § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.”

4.3. A propriedade das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas; as datas comemorativas de alta significação

Outro exemplo é dado pelo art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reconhece, aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras, a propriedade definitiva, “devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Sempre tive essa regra como imediatamente aplicável, mas, ainda que se admita, para argumentar, a necessidade de integração normativa por meio de lei, essa exigência decai com o tempo (ROTHENBURG, 2008, p. 460-463). Não é razoável que, vinte anos passados da promulgação da Constituição, o direito fundamental à moradia e outros direitos fundamentais interligados (cultura, livre iniciativa econômica...) ainda sejam tidos por dependentes de regulamentação, quando a previsão constitucional foi clara e específica.

Mais um exemplo: comunidades culturais que se sentirem menos-prezadas em razão da desconsideração de suas “datas comemorativas de alta significação” podem reivindicar que o Executivo as fixe por decreto, ou mesmo que o juiz as garanta (facultando, por exemplo, a ausência coletiva ao trabalho e à escola, e determinando a veiculação pública de notícia a respeito), ante a ausência de lei (Constituição, art. 215, § 2º: típica norma constitucional de eficácia limitada que, com o tempo, pode transformar-se em norma constitucional de eficácia plena). Esses seriam modos de se assegurar o princípio democrático numa perspectiva multicultural.

4.4. Vedação ao nepotismo

No âmbito do princípio da legalidade, acho que se legitima a atuação normativa do Conselho Nacional de Justiça, ao restringir por meio de resolução a possibilidade de escolha de parentes em cargos comissionados do Poder Judiciário. A Resolução 7/2005 foi considerada compatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 12 MC/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006). Tal restrição normalmente demandaria a edição de lei, mas a longa falta de atuação do Poder Legislativo e a emergência de um novo ator no cenário (o CNJ, com a Emenda Constitucional 45/2004) justificam essa concretização normativa dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

O fator “tempo” desempenha, aqui, mais uma função, além de autorizar uma fonte normativa alternativa: ele condiciona essa atuação, que deve ser qualificada como *supletiva*, vale dizer, podendo ser superada por uma posterior atuação legislativa.

A possibilidade de regulamentação por atos mais específicos, sem necessidade de lei formal, mas a possibilidade de apropriação, pela lei formal, dessa regulamentação, é sustentada, por exemplo, por Souza Neto e Feres Júnior (2008, p. 361-362) em relação ao estabelecimento de cotas por universidades.

A atuação legislativa posterior, no caso do nepotismo no Judiciário, somente admitiria suplantação por nova resolução do CNJ na hipótese excepcional de tornar-se insuportavelmente obsoleta; senão, a apropriação legislativa (por meio de lei) do tema não permitiria mais a regulamentação por resolução do CNJ (ROTHENBURG, 2007a, p. 302-305).

5. O tempo da política

Porque formuladora de programas de atuação de duração indeterminada e sobretudo porque consagrada de direitos fundamentais, a maioria das Constituições contemporâneas traz disposições de provimento inesgotável: “As constituições contemporâneas contêm princípios e valores potencialmente inexauríveis.”, afirma o italiano Temistocle Martines (2005, p. 208). As promessas constitucionais são atuais, permanentes e infinitas. Não é a Constituição que está à disposição do tempo (de modo que o cumprimento daquela possa ser postergado), mas o tempo que está à disposição da Constituição. A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais deve levar esse aspecto em consideração. A insistência na falta de integração das normas constitucionais pode fazer com que elas adquiram capacidade de incidir desde logo, ou seja, o tempo pode conferir-lhes aplicabilidade direta.

Os sujeitos “tradicionais” da integração normativa dos comandos da Constituição – Legislativo e Executivo – continuam sendo reconhecidos como tais: são os primeiros (no sentido de primazia) aplicadores/intérpretes desses comandos; bem por isso, Daniel Sarmento (2006, p. 194) enfatiza a necessidade de “adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral”. Mas os sujeitos “tradicionais” já não são aplicadores exclusivos

e podem vir a rivalizar com ou até ser substituídos (provisória ou definitivamente) por outros.

O principal árbitro dessa desinvestidura por inação é o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade em última instância, que, no quadro da Constituição brasileira de 1988, é o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, são utilizadas modalidades de decisão como a interpretação conforme a Constituição, em que o tempo pode ser levado em consideração, pois se “permite ao Judiciário ‘atualizar’ a ordem jurídica ordinária em face dos valores constitucionais sem demandar nova atividade legiferante”, por meio de “técnica através da qual se afirma o chamado ‘registro de aprendizagem constitucional’, permitindo o estabelecimento de diálogo entre as realidades jurídica e social” (SCHIER, 1999, p. 136).

Não há uma alegada e temerosa “despolitização” da Constituição (BERCOVICI, 2003; 2007, p. 172-175), senão por consequência do abandono a que os principais atores constitucionais “políticos” lhe hajam relegado, e isso também é despolitização. Há de ser respeitada a distinção funcional entre o discurso de justificação do Direito - voltado à elaboração legislativa - e o discurso de aplicação do Direito (SAMPAIO, 2002, p. 429, referindo-se ao pensamento de Jürgen Habermas), cada qual com suas exigências argumentativas. Mas ocorre, é claro, a assunção de um papel “político” destacado por parte do tribunal constitucional, que prefiro ver antes como nova instância reflexiva do que como decisor último (ROTHENBURG, 2007b), negando, portanto, à jurisdição constitucional, a pecha radical de “única referência de legitimidade do sistema” (BERCOVICI, 2007, p. 173).

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.

_____. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167-175.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

_____.; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O positivismo jurídico diante da principiologia. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. (Coord.) *Teoria do direito neoconstitucional – superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 179-197.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINES, Temistocle. *Diritto costituzionale*. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA Filho, Willis Santiago. (Org.) *Direito constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.

MORO, Sergio Fernando. *Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=98>>. Acesso em: 28 nov. 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *O novo paradigma do direito – introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos – seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito – a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (Coord). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007a. p. 301-317.

_____. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007b. p. 429-440.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 397-431.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____. *Livres e iguais* – estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional* – construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo, 2005. 370 f. Tese (concurso para o cargo de Professor Titular) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; FERES JÚNIOR, João. Ação afirmativa: normatividade e constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 345-363.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. A constitucionalização do direito financeiro. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do Direito* – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 961-986.