

CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA ATIVIDADE LEGIFERANTE: OS POSTULADOS E O CONTROLE DO EXCESSO DE PODER

Mirella Barros Conceição Brito*

RESUMO: A despeito da reconhecida posição de destaque que, hoje, a Constituição ocupa no ordenamento jurídico, nem sempre se aceitou que o Poder Legislativo pudesse ter a sua liberdade amarrada a qualquer fator jurídico, ainda que de ordem constitucional. O caminho até que se reconhecesse a supremacia efetiva da Constituição tem sido longo e ainda não foi todo percorrido. Os esforços deste trabalho se dirigem no sentido de analisar o que, até então foi conseguido, e, após isto, firmar alguns prognósticos, evidenciando critérios que, dentro de uma nova hermenêutica constitucional, se acredita válidos para aferir a legitimidade das leis criadas. Na tentativa de cumprir o fim ora proposto, em primeiro lugar, se enfrentará o problema de definir o que é uma Constituição, com o que se pretende evidenciar a complexidade deste multifacetado fenômeno. No segundo momento, tratar-se-á do Poder Legislativo e de sua submissão aos preceitos constitucionais, buscando a desconstrução de mitos, como o da estanque separação de poderes, que, por muito tempo, conduziram à crença de que a atividade legiferante consistisse em prática desvinculada de qualquer controle jurídico-constitucional. Em seguida, estudar-se-á a efetividade das normas constitucionais, dando especial destaque para as classificações clássicas e contemporâneas, que, por muito tempo, foram determinantes e suficientes para resolver uma série de questões essenciais do Direito Constitucional. No capítulo subsequente, tecer-se-á algumas palavras sobre a interpretação constitucional, na expectativa de se conseguir demonstrar que a mera (pré)determinação da eficácia dos enunciados da Constituição é insuficiente para efetivar a concretização constitucional em uma perspectiva democrática, ao que se seguirá, finalmente, a análise de critérios que, dentro das novas perspectivas constitucionais, se anunciam como parâmetros de delimitação do atuar legislativo.

Palavras-chave: Poder Legislativo; Constituição; proporcionalidade; igualdade

ABSTRACT: This essay intends to quest about the ties that bounds the law production and the constitutional order. Despite the recognition of the prominence position that the Constitution holds today, there is a big reluctance to admit the full effect that it has on the Legislative Power, which still being seen as an untied instance. The path until the constitutional supremacy was recognized has been long and still has some to go. The efforts of this work are directed to analyze what has already been achieved and some of what is to achieve. Specifically, it wants to persecute a valid criterion to measure the legitimacy of the created laws, accordingly to the new constitutional hermeneutics. In attempt to accomplish the task, the first step will be held in the direction of defining what a Constitution is, demonstrating the complexity of this multifaceted phenomenon. The second step will be to to show that the Legislature has to respect the constitutional precepts, destroying myths, such as the rigid separation of powers, which, for a long time, led to the belief that the parliament should be unlinked to any constitutional control. Then the study will direct itself to the effectiveness of constitutional norms, paying particular attention to the classic and contemporary classifications of it, that, for a long time, were sufficient to resolve a number of key issues of constitutional law. In the subsequent chapter, a few words will be written on constitutional interpretation, in order to demonstrate that the mere predetermination of the effectiveness of the constitutional

* Assessora do Ministério Público do Estado da Bahia.

precepts is insufficient to realize the constitutional order in a democratic perspective. Finally, some criteria that could define parameters for the legitimacy of the legislative acts in the new constitutional order will be exposed and analyzed.

Keywords: Legislature; Constitution; proportionality; equality.

1 INTRODUÇÃO

A posição de destaque da Constituição no ordenamento jurídico é, hoje, reconhecida de forma unânime. A supremacia constitucional é fenômeno que repercute de modo universal no Direito. Especialistas e profissionais de todas as áreas jurídicas – até mesmo daquelas classicamente concebidas como próprias do Direito Privado – e o próprio senso comum popular admitem o papel de estrutura fundante e primaz que a Constituição possui.

Tamanha aceitação não significa que o caminho percorrido até se chegar a tal ponto tenha sido fácil e direto. Muito pelo contrário, os avanços não foram obtidos senão à custa do árduo labor de doutrinadores que se dedicaram ao tema. Apesar disso, persistem problemas e questões tormentosas relacionadas ao tema. O campo continua fértil para os estudos que procurem aprofundar a festejada hierarquia constitucional no ordenamento jurídico, explorando seus efeitos e conseqüências.

E, dentro das possibilidades de temas, insere-se o estudo da relação entre o Poder Legislativo e as diretrizes constitucionais. Nem sempre se aceitou que a atividade legiferante devesse estrita submissão à Constituição; principalmente em relação àqueles preceitos ditos programáticos, a relutância em aceitar a vinculação do legislador foi – e permanece em parte – grande.

Se é verdade que considerável número de vozes propugna pela máxima efetividade de todas as normas constitucionais, é igualmente correto que este importante tópico do Direito Constitucional ainda se revela fecundo a novos estudos e apresenta grandes potenciais de desenvolvimento.

A proposta do presente ensaio é justamente no sentido de enfrentar o atual momento do Direito Constitucional, em que tanto se fala em efetividade dos direitos fundamentais, buscando entender como é que ele pode afetar o labor do Poder Legislativo, que, historicamente, sempre foi visto como um poder investido de grande margem de liberdade. Pretende-se buscar a construção – ou, pelo menos, o esclarecimento – de critérios que permitam, dentro do novo paradigma constitucional, aferir se a atuação do Estado Legislador é coerente com a Constituição ou não.

Na tentativa de cumprir o fim ora proposto, em primeiro lugar, se enfrentará o problema de definir o que é uma Constituição, com a pretensão de evidenciar a complexidade deste multifacetado fenômeno.

No segundo momento, tratar-se-á do Poder Legislativo e de sua submissão aos preceitos constitucionais, buscando a desconstrução de mitos, como o da estanque separação de poderes, que, por muito tempo, conduziram à crença de que a atividade legiferante consistisse em prática desvinculada de qualquer controle jurídico-constitucional.

Em seguida, estudar-se-á a efetividade das normas constitucionais, dando especial destaque para as classificações clássicas e contemporâneas, que, por muito tempo, foram determinantes e suficientes para resolver uma série de questões essenciais do Direito Constitucional.

No capítulo subsequente, tecer-se-á algumas palavras sobre a interpretação constitucional, na expectativa de se conseguir demonstrar que a mera (pré)determinação da eficácia dos enunciados da Constituição é insuficiente para efetivar a concretização constitucional em uma perspectiva democrática, ao que se seguirá, finalmente, a análise de critérios que, dentro das novas perspectivas constitucionais, se anunciam como parâmetros de delimitação do atuar legislativo.

Espera-se que, percorrido este caminho, consiga-se, ao fim, lançar algumas luzes sobre o modo como deve o Poder Legislativo operar em uma democracia contemporânea. Acredita-se que, diante do estado atual das coisas, em que há grande despreparo e descuido por parte dos agentes políticos, estas observações sejam bastante úteis.

2 COMPREENDENDO O QUE É UMA CONSTITUIÇÃO

Definir a Constituição é tarefa extremamente árdua. Não apenas porque o conceito varia de acordo com o tempo e o espaço, mas, principalmente, porque ele compreende e contempla fenômenos diversos, de variegadas naturezas.

De um lado, é extremamente difícil construir um modelo universal em virtude das particularidades encontradas nas Constituições existentes. Basta atentar para o fato de que é possível se falar em Constituições rígidas, semi-rígidas ou flexíveis, atentando-se à

possibilidade de modificação das suas normas e ao processo necessário para tanto¹; em Constituições sintéticas ou analíticas, consoante contemplem apenas aspectos fundamentais à estruturação do Estado ou versem, também, sobre matérias que, a princípio, poderiam estar previstas em leis ordinárias; ou, ainda, em Constituições escritas e não escritas, conforme o formato externo em que sejam vertidas. Estas são apenas algumas das classificações possíveis, que, aliadas às demais e conjugadas entre si, dão origem a inúmeras possibilidades de modelos de Constituição.

De outro lado, mesmo que se abdique da pretensão de um modelo universal, resignando-se a trabalhar com uma Constituição em específico ou com um modelo concebido como preponderante em determinado espaço e tempo, nem isto faria da tarefa de entender o que é uma Constituição algo simples.

Diversos foram os autores que se debruçaram sobre o problema de definir o sentido e significado de uma Constituição e chegaram a respostas distintas. Porém, o fato de terem colidido em suas conclusões não torna, necessariamente, qualquer deles menos correto. O que ocorre, em regra, é que os estudiosos, ao se debruçarem sobre fenômenos de grande complexidade, ocupam-se apenas de aspectos parciais deles.

A Constituição é fenômeno de grande complexidade, e um justo entendimento do que ela seja não pode ser construído senão a partir da consciência de que tal tarefa demandará a análise de aspectos sociológicos, políticos e jurídicos. Cada um destes, se analisados de *per si*, conduzirá a distintos resultados, mas, em verdade, todos convergem aquando da tentativa de se buscar a mais precisa e exata definição do instituto.

Em uma perspectiva sociológica, a Constituição é apresentada como reflexo da organização social. O documento escrito, em si mesmo, não possuiria grande valor, senão enquanto representem o concerto real das forças sociais. A arrumação sócio-política das forças sociais determinantes é que definiria a verdadeira essência da Constituição; o texto constitucional escrito, se desrespeitar os fatores reais do poder, fadar-se-ia ao desuso. Esta é a tese defendida por Ferdinand Lassalle (2001, p.40), em clássica obra sobre o tema:

Os poderes constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a

¹ Traz-se, ainda, uma quarta espécie, na qual a Constituição Brasileira de 1988 estaria incluída, que é a da Constituição super-rígida, que não apenas contempla um processo diferenciado para a modificação de suas cláusulas, mas também trabalha com cláusulas pétreas, imodificáveis.

não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

O fundamento da ordenação jurídico-constitucional, na perspectiva sociológica, residiria na realidade social e na organização daquilo que se convencionou chamar de fatores reais de poder. As forças que atuam na realidade social e política é que determinariam a efetiva feição das normas constitucionais.

Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p.17) defende ser impreciso designar de sociológica a perspectiva, porque, ínsito à idéia de fatores reais de poder, encontra-se um modelo organizado e coordenado de estruturação política que, em rigor, é incompatível com a estrutura dos fatos sociais, expressos em condutas irracionais por excelência. Segundo seu entendimento, melhor seria chamar esta acepção de essencialista.

A despeito da terminologia, o fato é que a exacerbação da importância conferida a esta dimensão – sociológica ou essencialista – da Constituição conduzirá a uma inevitável redução dos problemas constitucionais a questões meramente factuais, fazendo com que se perca a dimensão jurídica – e normativa – do texto. Se é verdade que a Constituição possui uma inegável dimensão fática, não é possível, por isso, negar, a sua perspectiva contrafática, ou seja, a sua pretensão de modificar a realidade.

É justamente neste contexto que Konrad Hesse (1991) desenvolveu a sua crítica à teoria sociológica ou essencialista de Ferdinand Lassalle. Para Hesse, seria inconcebível a visão de Constituição escrita de Lassalle. Se, de um lado, não se pode negar que aspectos provenientes da realidade – dentre os quais os fatores reais de poder – influenciam a conformação da ordem constitucional, e, por isso, não podem ser descartados, também não se pode perder a perspectiva de que a Constituição não é mera folha de papel; ela se alimenta das condições sócio-políticas e econômicas, mas, ao mesmo tempo, pretende arregimentá-las;

graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p.15).

A Constituição, nesta acepção de Konrad Hesse, tem significado próprio e se realiza na medida em que consegue influenciar e modificar a realidade, concretizando a sua pretensão de eficácia. As suas possibilidades e limites de efetivação têm de ser buscados no contexto amplo de interdependência entre realidade e normatividade.

Mais do que efetiva oposição, a obra de Konrad Hesse parece ser uma releitura ou complementação dos ensinamentos de Ferdinand Lassalle. Não há a negação da dimensão fática da Constituição, mas apenas e tão somente a preocupação de evidenciar a perspectiva contrafática deste mesmo fenômeno. Isto apenas corrobora com a advertência já feita de que a Constituição é, em rigor, instituto complexo, que envolve dimensões e perspectivas diversas. As perspectivas sociológica – ou essencialista – e normativa são apenas duas facetas deste fenômeno.

Fala-se, ainda, em uma concepção política da constituição e em uma concepção puramente jurídica da Constituição, as quais são, também, plenamente viáveis e, assim, como as já aludidas, servem para explicar parte do que representa o instituto Constituição.

Na acepção política, a definição de Constituição remonta ao decisionismo político de Carl Schmitt, aparecendo como produto da decisão política fundamental; “para Schmitt a essência da Constituição não se acha numa lei, ou norma, mas no fundo ou por detrás de toda normatividade está uma decisão política do titular do poder Constituinte, isto é, do povo na democracia, e do monarca na monarquia autêntica” (SILVA, 2008, p. 29). A Constituição seria responsável por definir as estruturas básicas e essenciais do Estado, dentre as quais, têm-se como exemplos a forma de Estado, de governo, os órgãos do poder e os direitos e garantias fundamentais. Ao lado destas, outras previsões poderiam ser alçadas ao patamar constitucional, porém, figurariam apenas e tão-somente como formalmente constitucionais.

Já na concepção jurídica de Constituição, utiliza-se da teoria kelseniana para pôr em foco a dimensão lógico-jurídica do fenômeno constitucional, que, segundo esta perspectiva, deve ser visualizado a partir de dois planos distintos: um lógico-jurídico, transcendente, invisível e imaterial, e outro jurídico-positivo, de existência material e visível, caracterizado pela norma constitucional posta.

Todas estas perspectivas foram expostas não para se decidir entre uma, julgada como correta ou mais adequada. Ao revés, a intenção foi demonstrar que em todas elas há acertos, mas também incompletudes, porque explicam apenas parcela daquilo que pode ser considerado um conceito de Constituição.

O importante é deixar bem claro se possuir a consciência da complexidade do conceito de Constituição, que, no final das contas, é o resultado de todas as acepções conjugadas. No presente ensaio, procurar-se-á trabalhar sempre tendo por relevante todos os aspectos do

fenômeno constitucional, razão pela qual se pretende contemplar abordagens que remetam à dimensão sociológica, normativa, política e lógico-jurídica do tema.

De todo modo, deve-se ressaltar que será utilizada, como referencial de estudo, a Constituição Brasileira de 1988. Com isto, ultrapassa-se a primeira dificuldade apontada, qual seja, a de, diante das inúmeras particularidades encontradas nas Constituições dos diversos países, construir um modelo específico que sirva ao tema.

3 DA SUBMISSÃO DO LEGISLADOR À CONSTITUIÇÃO

Um simples olhar da história revela que a existência de regras impositivas de comportamento é quase que intrínseco à sociedade. Mesmo em quadras remotas é possível vislumbrar o registro escrito de normas comportamentais, pelo que já seria plausível falar em monumentos legislativos e códigos. Todavia, não é esta acepção tão ampla de lei a que ora interessa. Mais precisamente, as leis, seus contornos e seus limites, tais como estruturados e concebidos hoje, sedimentaram-se em momento relativamente recente.

O Estado Moderno Absolutista teve o mérito de atrelar a produção de leis à soberania estatal, unificando em torno de si a produção dos ordenamentos sociais. A produção das normas definidoras dos comportamentos socialmente aceitáveis e dos não aceitáveis passava a ser prerrogativa exclusiva de um ente particularizado.

Porém, em razão da extrema centralização do poder, ainda não tinha sido imposta nítida distinção entre as funções do Estado; o rei aglutinava a função de fazer, dizer e executar as leis. Efetivamente, somente com o advento do Estado Liberal, preocupado em moderar e orientar o exercício da soberania, é que começou a se sedimentar o arcabouço formal do Estado tal qual hoje se apresenta.

Com o Estado Liberal a atividade legislativa é lançada à condição de uma das três funções preponderantes da soberania estatal, a qual caberia ao parlamento segundo o princípio da separação dos poderes. O Estado Liberal inaugura uma nova ordem, e, ao erigir o princípio da legalidade a um dos seus pilares principais, impõe à Administração a observância da lei na sua atuação, dando origem ao que se convencionou chamar de Estado de Direito (MELLO, 2002, p.90-96).

O que caracteriza o Estado de Direito o fato dele se submeter à ordem jurídica instituída por si. De todo modo, o princípio da legalidade assume, neste momento, uma feição

precipuaente formal: as leis consignam limites de atuação, aos quais o Estado – e também os particulares – deve necessariamente se ater.

Não seria nada forçado afirmar que neste primeiro momento a lei assume o papel de maior destaque dentre as funções soberanas. Faz-se até lição comum a de traçar o princípio da separação dos poderes em função da atividade legislativa, nos seguintes termos: o parlamento se incumbem de criar as leis; a Administração atua de forma complementar, limitada a concretizar os mandamentos consignados; e o Judiciário, quando provocado por alguém – subsidiariamente, portanto –, determina o cumprimento de preceitos legais que não tenham sido espontaneamente efetivados. Todo o exercício da soberania estaria atrelado ao Legislativo, portanto.

Esta, todavia, é uma visão clássica, própria do Estado Liberal. Até então, a Constituição servia como mero instrumento formal, estabelecendo o esqueleto estatal e resguardando direitos individuais que apenas limitavam as áreas de atuação do Estado. Dentro desta ótica é que o legislador praticamente não encontrava óbices ao desempenho de sua atividade, erigindo-se, concretamente, como o mais importante órgão dentro da soberania. Até mesmo os magistrados, que deveriam controlar a aplicação da lei pela administração, não poderiam fazer o mesmo em face da atividade legislativa, pois “a lei, encarnação da vontade popular, não deveria sujeitar-se ao controle do Poder Judiciário, sob pena da instituição de um ‘governo de juizes’ de caráter antidemocrático.” (SARMENTO, 2003, p.382).

Tal ordem, como já afirmado, foi relevantemente modificada com o advento do Estado Social, ao que se reformulou o papel estatal, não mais comprometido com a manutenção do *status quo*, mas, ao contrário, com a efetivação de valores atrelados à realização da dignidade da pessoa humana.

Com isto, àquele Estado simplesmente reconhecido como de Direito agrega-se a qualidade de Democrático. Os conceitos de sociedade e Estado, que eram tidos como opostos sob a ótica liberal, passam a ser complementares: a organização política se volta não à manutenção de uma ordem pré-estabelecida, mas à modificação social a ser realizada mediante a satisfação dos interesses sociais.

Neste contexto, o Poder Legislativo perde o papel de destaque. O Poder Executivo torna-se igualmente fundamental, o que se compreende pela exigência de que a tarefa do Estado perpassa pela assunção de um papel ativo, de execução. A importância do parlamento

se vê reduzida, porém não aniquilada, ao que ilustram Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p.998):

Em nossos dias, especialmente nas democracias ocidentais, a orientação política do país está confiada, antes de tudo, ao executivo e a concretização dessa orientação está ligada à formulação de projetos de lei que o mesmo executivo, conquanto formalmente não investido do poder da iniciativa legislativa, não terá dificuldade em fazer chegar à assembléia ou assembléias às quais incumbe a “decisão” das leis.

Nesta nova ordem, de um Estado ao qual se atribui um papel ativo, proliferam as leis; cria-se uma verdadeira balburdia de legislações extravagantes e especiais, formando microssistemas aparentemente estanques, imbuídos de princípios e orientações próprios. Criam-se estatutos específicos para tutelar, por exemplo, a criança e o adolescente, as locações, as relações de consumo, os sistema de habitação, dentre tantos outros.

Gustavo Tepedino (2004, p.13), cotejando tal situação em face do Direito Civil atual, assevera que “[...] reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.”

Deste modo, percebe-se que o papel de norte axiológico, unificador do sistema jurídico, passa a ser assumido pelas Constituições. Todas as matérias do Direito devem se pautar para, em última instância, realizar os preceitos consignados na Constituição. Como arremata Pietro Perlingieri (2002, p.25): “a Constituição rígida assume a centralidade, com função de garantia da unidade, como parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa.”

De fato, o papel das Cartas Políticas torna-se muito mais audacioso: ao adentrar em searas antes deixadas ou ao livre alvitre do legislador ou à regulação da própria sociedade, afirmam-se como verdadeiras cartas de intenções, consignando em seu corpo valores e direitos a serem necessariamente defendidos.

O princípio da legalidade teve, necessariamente, de ser revisitado. Não significava mais, e tão somente, a observância da lei como limite expresso à atuação do Estado e dos particulares. O compromisso torna-se muito maior; significa, agora, o comprometimento com a efetivação dos anseios consagrados em sede constitucional. O Poder Público, em todas as suas esferas, compromete-se com a mudança social, atentando sempre para os valores constitucionais, o que se justifica nas palavras de Paulo Bonavides (2002, p.386):

A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei,

o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana.

A função precípua do Poder Judiciário, de seu turno, é a de resguardar a aplicação desta nova forma do princípio da legalidade, atenta aos preceitos constitucionais. Todos os poderes, inclusive o Legislativo, têm sua atuação necessariamente pautada nos limites e anseios consignados na Constituição, e os magistrados devem curar para que a lei seja produzida e aplicada em consonância com esta nova ordem.

Este deslocamento, por óbvio, impôs uma série de modificações substanciais na forma original da tripartição dos poderes. Em rigor, sequer seria mais possível falar em separação dos poderes, porquanto a soberania passe a ser entendida como poder estatal uno e indivisível. As funções legislativa, executiva e judicial não são mais concebidas como parcelas da soberania estatal, privativas dos respectivos órgãos, mas como uma prerrogativa preponderante. São segmentadas apenas para viabilizar ao Estado o seu melhor funcionamento e, conseqüentemente, a persecução de seus fins. Nas lições de Paulo Bonavides (1994, p.147):

O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível.

A atividade do legislador, portanto, encontrará limites expressos constitucionalmente – seja no aspecto positivo ou negativo –, aos quais deve obedecer, podendo, inclusive, sofrer controle por parte do Judiciário, guardião da ordem constitucional, sem que isto, necessariamente, configure ofensa à separação dos poderes.

Pelo contrário, o Poder Judiciário, nos termos constitucionais, veste-se da prerrogativa precípua de garantir a aplicação e prevalência da ordem jurídica, no que se faz totalmente válida e legítima a sua interferência nas demais esferas do Poder quando assim direcionada.

Com isto, tem-se por finda esta breve correlação entre a atividade legislativa e o Estado contemporâneo. Espera-se ter evidenciado a importância de efetivação do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição pátria, mais alto degrau da ordem jurídica, à qual o parlamento – e não somente ele – deve estrita e irrefutável subserviência.

4 DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como que para justificar uma maior liberdade às instâncias políticas, vigeu, por muito tempo, o entendimento de que nem todos os mandamentos constitucionais se reverteriam em efetivas normas. Algumas disposições da Constituição eram consideradas meras exortações, promessas que gerariam diminuto ou inócuo compromisso por parte do Poder Público e da própria sociedade.

O estudo clássico acerca da eficácia das normas constitucionais ampara-se na doutrina norte-americana, que, seguindo Thomas M. Cooley, Ministro da Suprema Corte de Michigan, distinguia os preceitos constitucionais em *self-executing* e *not self-executing*. Esta distinção foi trazida para o Brasil, e reverberou, sobretudo, pelo escol de Ruy Barbosa, que designava as normas constitucionais como auto-executáveis ou disposições, de um lado, e como não-auto-executáveis ou mandamentais, de outro lado. Enquanto estas últimas demandariam a atuação do legislador para que pudessem ser aplicadas, as primeiras seriam aptas à produção de efeitos *ab initio*, independente de qualquer outro fator.

Neste primeiro momento, não havia que se falar em normas programáticas. O fenômeno era, ainda, relativamente recente e uma grande parte da doutrina clássica sequer reconheceu a sua existência, a exemplo do próprio Ruy Barbosa. Existiriam, assim, normas que estavam prontas para serem aplicadas e normas que o próprio constituinte determinou que só pudessem ser aplicadas após a complementação pelo legislador ordinário.

Pontes de Miranda também aderiu à doutrina clássica. Preferiu, porém, a denominação de normas bastantes em si mesmas e normas incompletas ou não bastantes em si mesmas para diferenciar as espécies normativas. E, dando um passo adiante, conforme noticia Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p.240),

ao contrário de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda reconheceu a existência de normas constitucionais programáticas, como uma decorrência do fracasso do modelo liberal de Estado, reconhecendo a estas um certo grau de cogência, na medida em que cerceiam a atividade do legislador, que não pode contrariar o programa estabelecido pela Constituição.

As normas programáticas são fruto da transição do modelo do Estado liberal para o do Estado social. A principal característica destas normas está na particular estrutura do seu enunciado, composto de termos indeterminados, que apregoam a realização de valores, fins e ideais utópicos. A novidade não foi facilmente digerida. O novo modelo normativo era incompatível com as técnicas subsuntivas, que, até então, representavam a única forma de

aplicação do direito. A solução encontrada pela doutrina foi a de negar às normas programáticas aquilo que é mais característico de qualquer norma, a possibilidade de produzir efeitos. Como indica Paulo Pimenta (1999, p.148),

a doutrina clássica, também seguida, no Brasil, por Victor Nunes Leal e Nelson de Souza Sampaio, dentre outros, definiu um conteúdo semântico da norma programática, segundo o qual esta não obrigaria os órgãos do Estado, não geraria qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo, tratando-se apenas de indicação de princípios, ficando os direitos, no dizer de Cooley, 'dormentes até que a legislação lhes acuda'. Tratar-se-ia, em resumo, de norma ineficaz.

A despeito de a doutrina clássica ter perdurado vigente por bom tempo no Brasil, a modificação do contexto constitucional a tornou anacrônica. Na medida em que os textos constitucionais passaram a conter cada vez mais disposições programáticas, ela se tornou insuficiente para explicar o sistema brasileiro.

A superação da doutrina clássica se deu, todavia, de forma paulatina, seguindo de perto as lições de um italiano, Vezio Crisafulli. Passou-se, então, a defender a inviabilidade de normas constitucionais despidas de toda e qualquer eficácia, porque “uma norma [tida como] não-auto-aplicável, mesmo tendo caráter eminentemente programático e contendo princípio de natureza geral, no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora.” (SARLET, 2005, p.241).

Assim é que, na acepção moderna da teoria da eficácia das normas constitucionais, também os princípios, especialmente os princípios-fins, que estabelecem programas a serem perseguidos, passaram a ter sua normatividade reconhecida. É bem verdade que a eficácia desta espécie de normas constitucionais continuou a ser distinta daquela reconhecida às normas simples e comuns. A repercussão delas se daria, com especial ênfase, em relação ao Poder Público, principalmente em face do Poder Legislativo. Em síntese, a partir do pensamento de Crisafulli, passou-se a perceber que cada princípio

representa uma direção de legislação, um tema ou programa a desenvolver-se progressivamente através de uma ulterior e sucessiva normação, à luz das quais o ordenamento inteiro deve ser interpretado. Contudo, numa Constituição rígida, tais princípios, postos como fontes superiores da lei ordinária, derivam um vínculo forte para a função legislativa, que não poderá qualificar-se como diretivo, e sim obrigatório, com a conseqüente invalidade das leis emanadas em sentido contraste. (PIMENTA, 1999, p.152)

A partir desta necessidade de reconhecer eficácia a todas as disposições constitucionais surgiram novas propostas de classificação das normas constitucionais. José Horácio Meirelles Teixeira, valendo-se da idéia de que “toda e qualquer norma constitucional alcança algum tipo de eficácia, de tal sorte que a eficácia das normas constitucionais pode ser

considerada de natureza gradual, isto é, variando entre um mínimo e um máximo” (SARLET, 2005, p.243), fala em normas de eficácia plena – que gerariam os seus efeitos essenciais de plano – e normas de eficácia limitada – cuja produção dos efeitos fundamentais dependeria da atuação do legislador –. O autor em voga propõe, ainda, a subdivisão das normas de eficácia limitada em normas programáticas e normas de legislação. As primeiras teriam eficácia limitada em virtude de seu conteúdo ético e social, enquanto as últimas sofreriam restrição na produção de seus efeitos em razão de questões técnicas e instrumentais.

É José Afonso da Silva (2008) quem apresenta a primeira proposta de classificação tricotômica da eficácia das normas constitucionais. Segundo pensa tal doutrinador, as normas poderiam ser (a) de eficácia plena, quando dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, em nada dependendo do legislador para a produção de seus efeitos essenciais; (b) de eficácia contida, se, embora investidas de aplicabilidade direta e imediata, houver margem para limitação de seus efeitos por meio da atuação legiferante; (c) de eficácia limitada, que, por não possuírem normatividade suficiente, não produziriam seus principais efeitos, senão após sua concretização pelo legislador. Para José Afonso da Silva, tanto os princípios programáticos quanto os princípios institutivos e organizatórios estariam englobados entre as normas de eficácia limitada.

Outras propostas de classificação foram formuladas em doutrina, porém, a grande maioria não difere muito da de José Afonso da Silva, como é o caso, por exemplo, da classificação encampada por Maria Helena Diniz, que adiciona uma quarta categoria, alcunhada de normas com eficácia absoluta, para englobar as cláusulas pétreas, imodificáveis².

Pode-se sintetizar os principais pontos nas classificações contemporâneas que consideram a eficácia das normas constitucionais para afirmar que elas partem do pressuposto básico de que não existe norma constitucional completamente destituída de eficácia; no máximo, o que se pode sustentar é a existência de uma gradação na aptidão da norma para produzir seus efeitos essenciais. Trata-se de grande e inegável avanço, que apenas contribui para o reconhecimento da efetiva supremacia da Constituição. Apesar disso, estas teorias

² Além disso, Maria Helena Diniz se vale de terminologia um pouco distinta da adotada por José Afonso da Silva. A autora entende que, além das normas com eficácia absoluta, existem as normas com eficácia plena, as normas com eficácia relativa restringível (normas de eficácia contida, para José Afonso da Silva) e as normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (normas de eficácia limitada, para José Afonso da Silva).

reconhecem que algumas disposições encontram seus efeitos sobrestados, condicionados à atuação do legislador ordinário.

Sob uma perspectiva crítica, todas as propostas de classificação contemporâneas pecam por não distinguir entre texto e norma. Trata-se, em rigor, de noções distintas e autônomas. “Normas não são textos nem o conjuntos deles, mas os sentidos construídos a partir d interpretação sistemática de textos normativos.” (ÁVILA, 2007, p.30). Norma é o resultado da interpretação do aplicador do direito. O texto é tão somente um dos possíveis objetos a serem interpretados – o mais comum deles, mas não o único, já que é possível pensar em normas independentes de texto legal. Não há correspondência perfeita entre os conceitos; é possível a construção de uma norma a partir de um, diversos ou nenhum dispositivo legal (texto), do mesmo modo que um só artigo poderá consubstanciar uma, diversas ou até mesmo nenhuma norma.

O que as classificações pretendem distinguir não é a eficácia das normas constitucionais, mas apenas e tão somente a potencialidade dos enunciados constitucionais. Sempre que se estiver diante de uma norma constitucional propriamente dita não se haverá de falar em ineficácia ou eficácia restrita, contida ou ilimitada. Normas são sempre eficazes porque representam o resultado final da interpretação, o direito pronto e acabado para ser aplicado no caso concreto.

O problema da efetividade da Constituição não pode mais ser tratado a partir de uma classificação prévia dos seus enunciados. Para se garantir a realização da ordem constitucional, há de se fugir a fórmulas prontas e acabadas, que prometem ter a resposta a todos os casos da vida que se lhes possa apresentar. A Constituição, como já registrado alhures, não é apenas texto, tampouco se resume a um documento que se posta no ápice da pirâmide normativa. Somente a partir da utilização de técnicas de interpretação e hermenêutica é que se torna possível imaginar a efetivação da ordem constitucional.

5 CLÁSSICA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Tão ou mais importante do que classificar as normas (*rectius*: os enunciados) constitucionais conforme a sua eficácia é a percepção da sutileza envolvida no processo de interpretação constitucional. Decerto, categorizar os enunciados de acordo com as suas potencialidades ajuda e confere segurança à interpretação jurídica, mas não se pode nutrir a ingênua postura de que tal classificação criará óbices intransponíveis ao intérprete ou que este

apenas aplicará, imediata e automaticamente, o que está estabelecido na Constituição ao caso concreto.

O interprete jurídico trabalha com textos legais, compostos por palavras cuja significação está longe de ser unívoca. As palavras não possuem significado único e preciso; antes, dependem do respectivo “uso e interpretação, como comprovam as modificação de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal.” (ÁVILA, 2007, p.31). Mesmo o usual recurso à pretensa intenção do legislador como forma de amarrar o processo de interpretação jurídica a um conteúdo específico e determinado é imprestável. Não passa de um subterfúgio. Em um complexo processo legislativo, que envolve série de interesses muitas vezes contrapostos entre si, é inconcebível imaginar que exista uma vontade única identificável.

O ato de interpretar é, em rigor, um ato de decisão. Não há um significado previamente posto, mas um determinado sentido que é construído; “a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em construir esses significados.” (ÁVILA, 2007, p.32).

O fato de a interpretação jurídica representar uma construção de significado não implica, todavia, em conferir ampla liberdade ao intérprete. Envolvem-se, no processo, traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem que devem, em todo caso, ser respeitados. “O produto da interpretação é a norma. Mas ela já encontra, potencialmente, no invólucro do texto normativo.” (GRAU, 2002, p.22). A atividade interpretativa não é, assim, de mera e simples construção, mas, em rigor, de *reconstrução de significado*.

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituído pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual. (ÁVILA, 2007, p.33-34).

Embora inegavelmente criativa, a interpretação jurídica é, sempre e necessariamente, técnica. Deve ater-se, por isto, a significados e preceitos mínimos, compatíveis com os usos e expectativas sociais, sob pena de subverter a ordem democrática, deixando o intérprete livre para se valer de seus usos e conveniências particulares.

No caso da interpretação da Constituição, algumas nuances, decorrentes das características do texto a ser interpretado, interferem no processo e devem ser ressaltadas. Como destaca Anderson Sant'Ana Pedra (2006, p.121):

A interpretação constitucional, além de pedir conhecimento técnico elevado, exige sensibilidade jurídica, política e social, para que se possa penetrar no verdadeiro sentido das disposições constitucionais e nos reflexos das mesmas no ordenamento jurídico global.

De fato, a Constituição, por se tratar de documento primeiro e inaugural do ordenamento jurídico, dispõe de forma mais ampla sobre as situações da vida por si regulamentadas. O texto constitucional faz intenso uso de normas programáticas e conceitos indeterminados, cujos sentidos só podem ser preenchidos no momento da interpretação.

Se, de um lado, estas características contribuem para tornar a Constituição um documento adaptável as vicissitudes e condições históricas, evitando o anacronismo, de outro lado, abrem margem grande para subjetivismos interpretativos. A este último problema, resolve-se recorrendo aos preceitos do Estado de Direito. Em uma perspectiva democrática, o intérprete não poderá descurar do sentido e das expectativas que a sociedade nutre sobre o sentido da Constituição.

Os destinatários da norma participam do processo hermenêutico, na medida em que vivem a realidade constitucional. Basta notar que – consciente ou inconscientemente – a corte constitucional se vale, por exemplo, do entendimento da comunidade científica, para definir o que é liberdade científica, ou da opinião dos jornalistas, para aferir o que se entende como liberdade de imprensa.

Neste sentido é que se põe a tese da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais de Peter Häberle (1997, p.14), para quem, o processo hermenêutico-constitucional, para ser democrático, deve permitir que a participação de diversas forças produtivas de interpretação. Deve-se fugir à regra de interpretação exclusivamente estatal. Cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública se tornam “intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”.

É de suma importância que, aquando do processo interpretativo, respeite-se os sentidos e expectativas mínimos que os destinatários da norma constitucional nutrem. A própria idéia de unidade da Constituição só se perfaz, em uma perspectiva democrática, a partir do concerto dos diferentes intérpretes da constituição no exercício de suas funções específicas; só assim é que se poderá extrair um sentido democraticamente legítimo do texto

constitucional (HÄBERLE, 1997, p.32-33), principalmente diante de uma Constituição como a brasileira, revestida de normas programáticas, direitos fundamentais e de conceitos indeterminados.

Neste contexto, há que se tomar consciência de que o processo de concretização constitucional é extremamente rico e transcende os modelos clássicos de interpretação, pautados na simples aplicação do raciocínio subsuntivo com o auxílio de métodos relativamente simples, como o literal, o teleológico, o histórico-evolutivo ou o sistemático.

Concretizar a Constituição é tudo isto e muito mais; é partir da interação com problemas da vida, cotejá-los com o texto constitucional e com o sentimento coletivo acerca de toda a situação.

Não é lícito pretender que uma prévia classificação de eficácia dos enunciados constitucionais seja suficiente para dar as respostas neste âmbito. A postura deve ser a de tentar extrair dos enunciados constitucionais a máxima efetividade possível, satisfazendo as expectativas sociais depositadas sobre a Constituição.

A proposta deste trabalho é, justamente, a de evidenciar alguns dos critérios possíveis para orientar a concretização destes preceitos constitucionais, principalmente quando em pauta a atuação do legislador.

6 CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Já se viu que a interpretação/concretização da Constituição é tarefa complexa e árdua, que tem de lidar não apenas com os enunciados constitucionais, mas, principalmente, com os problemas da vida prática e com as expectativas coletivas que recaem sobre a respectiva significação. Também se pôde perceber que, na perspectiva dos Estados contemporâneos, que se pretendem democráticos, não há margem para defender a insubordinação ou desvinculação do Poder Legislativo dos anteparos constitucionais.

É chegado o momento de buscar os critérios de que o Legislador deverá se valer para, diante de inúmeras normas programáticas, princípios, direitos fundamentais e conceitos indeterminados, buscar a máxima concretização possível dos preceitos constitucionais.

Surge, neste bojo, a utilização dos postulados normativos como forma de possibilitar a aplicação do ordenamento jurídico-constitucional. Os postulados são normas que servem para

guiar a aplicação de outras normas, conferindo racionalidade ao processo interpretativo; seu papel é o de fornecer critérios para a aplicação do direito.

A despeito da controvérsia que ronda a respeito do tema, adota-se, neste ensaio, a tese de Humberto Ávila (2007), segundo a qual os postulados compõem, ao lado das regras e dos princípios, uma terceira categoria de normas.

Os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem distinções), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelece diretrizes metódicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. [...] não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metódicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis. (ÁVILA, 2007, p.123)

Dentre os postulados, encontramos o da proporcionalidade, cuja aplicabilidade se dá em relação às situações em que há uma relação de causalidade entre meio e fim, empiricamente constatáveis.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, 2007, p.162).

A atuação estatal, em qualquer de seus âmbitos, deve atentar ao postulado da proporcionalidade, justamente porque, em última hipótese, todo e qualquer ato seu deve buscar a efetivação da ordem constitucional. Há, assim, em relação aos atos estatais, uma necessária vinculação entre meio e fim.

Em relação ao Poder Legislativo, a sua utilização aponta para possibilidades bastante interessantes, pois, como salienta Anderson Sant'Ana Pedra (2007, p.212),

pela análise dos elementos parciais ou subprincípios do *princípio da proporcionalidade*, poderão ser detectados vícios substanciais da lei em uma perspectiva diversa daquela tradicional, quando está em causa a mera compatibilidade lógico-formal das normas constitucionais.

Com efeito, a providência legislativa não é – como nenhum ato do Poder Público é – ato livre e desvinculado; ao revés, toda lei tem uma finalidade mediata, que é a de resolver um determinado problema da vida social, e uma finalidade imediata, que é a de concretizar a ordem jurídico-constitucional. Ambas devem ser satisfeitas e o postulado da proporcionalidade oferece os meios para aferir se isto está ocorrendo ou não.

Três são as etapas envolvidas na utilização do postulado da proporcionalidade. Em primeiro lugar, se questiona pela adequação, perquirindo se a medida eleita serve para alcançar o fim almejado. Trasladando o raciocínio para a atuação do Poder Legislativo, significa questionar se a lei editada tem aptidão, em tese, para solucionar os problemas que a motivaram. Não há, nesta primeira etapa, de se analisar se as disposições legais criadas são as melhores, as mais intensas ou seguras, pois, além de se tratar de constatação árdua – nem sempre possível –, e de se dever resguardar a liberdade política conferida ao Poder Legislativo, esta consideração é empreendida nas etapas seguintes de utilização do postulado da proporcionalidade.

O segundo momento refere-se ao exame da necessidade do ato, oportunidade em que se questionará acerca da existência de meios que possam ser alternativos àquele inicialmente eleito e que sejam aptos a atingir o mesmo fim, sem restringir direitos fundamentais ou restringindo-os em menor medida. Significa dizer que, diante da lei cuja proporcionalidade se examina, deve-se questionar se as suas disposições poderiam ter conteúdo menos restritivo a liberdades e direitos fundamentais, sem, com isto, perder em efetividade quanto à realização de sua finalidade última. Uma lei que, para diminuir a quantidade de acidentes automobilísticos, criminalizasse a conduta de dirigir em excesso de velocidade, por exemplo, não passaria por este crivo, porquanto o objetivo último (redução dos acidentes automobilísticos) pudesse ser atingido com medidas outras, como o aumento da fiscalização e previsão de sanções administrativas mais rigorosas (perda imediata da habilitação e multa, por exemplo).

No terceiro e último momento de aplicação do postulado em comento, encontra-se o juízo de proporcionalidade em sentido estrito, a exigir a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição ocasionada aos direitos fundamentais. Trata-se de momento de suma importância, pois, muitas vezes, a medida eleita, apesar de adequada e necessária, não se justifica, porque o benefício que trará não será suficiente para fazer frente aos gravames causados com sua adoção. Seria o caso da lei que embora cumprisse a sua finalidade, sem que qualquer outra forma menos gravosa a pudesse substituir, causasse tamanha restrição aos direitos fundamentais que não pudesse se sustentar.

Perceba-se que a utilização do postulado da proporcionalidade, se bem que possibilite o controle da atuação do Poder Legislativo – e também do Poder Executivo –, não permite ao Poder Judiciário a invasão da competência política. Há uma margem inegável de discricionariedade, a qual o Poder Judiciário não poderá invadir. Decisões que dependem de

parâmetros técnicos e de fatores como custo, necessidade, benefício a ser obtido e eficiência cabem, por definição, aos Poderes Executivo e Legislativo, porque legitimados pelo sufrágio popular. A população, ao eleger os vereadores, deputados, senadores, prefeitos, governadores e presidente, escolhe também as opções políticas propaladas pelos candidatos como prioritárias. Os membros do Judiciário, de seu turno, têm acesso ao cargo por meio de concurso público, e as suas convicções políticas não podem ser impostas à coletividade. Um magistrado não tem legitimidade, a princípio, para decidir que o investimento efetuado na saúde pública, em detrimento da educação é ilegítimo.

Isto, todavia, não significa que o Poder Judiciário esteja impedido de controlar as opções políticas. Muito pelo contrário, a prerrogativa precípua do Poder Judiciário é a de defender o ordenamento jurídico – principalmente quando a opção política reverberar em nível constitucional –, e deverá fazê-lo ainda que o ofensor seja o próprio Estado, por meio de órgão de qualquer dos Poderes. O Poder Judiciário, nestes casos, deve efetuar uma avaliação da avaliação que foi procedida pelo outro Poder. E o postulado da proporcionalidade é que indica o caminho por meio do qual o Poder Judiciário deverá atuar.

Como indica Humberto Ávila (2007, p.175),

o Poder Legislativo só irá realizar ao máximo o princípio democrático se escolher a premissa concreta que *melhor promova* a finalidade pública que motivou a sua ação ou se tiver uma razão justificadora para ter se afastado da escolha da melhor premissa. Se o Poder Legislativo podia ter avaliado melhor, sem aumento de gastos, a sua competência não foi exercida em consonância com o princípio democrático, que lhe incumbe realizar ao máximo.

[...]

Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência.

Como se percebe, o postulado da proporcionalidade fornece parâmetros para constatar se a atividade legiferante pode ser considerada legítima. Mas, ele não é o único dos postulados que cumprem com tal fim. Tão importante quanto ele, em relação à atividade do Poder Legislativo, é a observância da igualdade.

A igualdade está consagrada como direito individual no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que define que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e no art. 3º, IV, da Constituição Federal, que define como objetivo fundamental da República assevera “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A igualdade repercute em dois flancos. Em uma primeira perspectiva, direciona-se ao aplicador do direito, como igualdade perante a lei, a significar que a lei deve ser aplicada a todos, da mesma forma. Em uma segunda dimensão, a igualdade repercute na atuação do próprio legislador, a exigir que se respeite a igualdade na lei. “A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.” (CANOTILHO, 2003, p.426). Tomando por referência esta última dimensão, pode-se dizer que é vedada a edição de leis que dispensem tratamento desigual aos seus destinatários.

A grande dificuldade é que, quando se fala em igualdade, deve-se ter em mente sempre a acepção substancial do termo, que se expressa na máxima aristotélica de que se deve dispensar tratamento desigual àqueles que, de fato, são desiguais, respeitando-se, em todo caso, a medida em que se desigualam. Vale dizer, a lei está, sim, autorizada a discriminar – o que, aliás, é inevitável –, mas, ao fazê-lo, deve atentar ao princípio da igualdade. Como salienta Anderson Sant’Ana Pedra (2007, p.222):

Em princípio, a lei é geral, isto é, seu comando dirige-se a todos os cidadãos, mas é obvio que ela pode, sem perder o caráter de universalidade, estabelecer distinções, dirigir-se a certos grupos de pessoas, contemplar situações excepcionais, ou até mesmo regerar casos individualizados (*in concreto*).

A igualdade, quando concebida como postulado, delinea o raciocínio que deve ser observado aquando da edição das leis para garantir a isonomia. Claras são as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.37-38):

O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.

[...]

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

Vale dizer, o legislador está, a princípio, autorizado a criar situações que confirmam tratamento desigual aos destinatários. Este tratamento desigual, todavia, deverá passar pelo exame do postulado da igualdade, que exige a existência de um fator de discrimen ou critério diferenciador – sem o qual a igualdade nada diz – e do fim que se busca alcançar. A partir do postulado da igualdade é que se poderá aferir se o critério diferenciador é adequado ao fim almejado, pois “fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle.” (ÁVILA, 2007, p.151).

Apenas para ilustrar, a distinção procedida com base na compleição física pode ser legítima, se estipulada para o preenchimento de vagas para função que exija porte físico qualificado, como a de bombeiro ou de polícia de choque, por exemplo; não o será, todavia, se o objetivo for o preenchimento de vaga para serviço burocrata.

Como se vê, também o postulado da igualdade deve servir de norte à atuação do Poder Legislativo. Em conjunto com o postulado da proporcionalidade, compõe o núcleo básico de validação dos atos legislativos. A atividade legiferante somente poderá ser reputada legítima, sob o pálio da Constituição e da democracia, se plenamente adequada à Constituição, o que significa que terá de ultrapassar, com êxito, os exames de validação pautados nos postulados da proporcionalidade e da igualdade.

7 CONCLUSÃO

Muito embora se tenha perfeita ciência de que a temática, mesmo após todos os esforços empreendidos neste ensaio, encontra-se longe de estar esgotada, espera-se ter podido, ao menos, lançar luzes sobre alguns aspectos acerca dos limites e tarefas do Poder Legislativo na nova perspectiva constitucional.

Espera-se ter conseguido demonstrar que a concretização da Constituição deve ser empreendida, sempre, em grau máximo e que isto não é possível a partir da utilização de clássicas técnicas de aplicação do direito, como a subsunção e o recurso a métodos reducionistas, como o gramatical, o histórico, o teleológico ou o sistemático. Nisto se incluem também as tão propaladas classificações de eficácia das normas constitucionais, que representam tentativas de enfeixar o raciocínio do aplicador do Direito.

A concretização do Direito é muito mais complexa que isto e demanda que se atente, sempre e necessariamente, para problemas concretos. Só diante da situação da vida, considerando as expectativas e anseios de toda a comunidade, é que se pode pretender efetivar a ordem constitucional de modo suficiente e democrático.

Neste novo paradigma constitucional, assumem relevância os postulados normativos, que são normas jurídicas investidas da específica função de racionalizar a aplicação do Direito.

Para aferir a legitimidade da atividade legiferante, dois postulados têm papel de destaque. O primeiro deles é o postulado da proporcionalidade, a partir do qual se torna

possível aferir a compatibilidade da lei criada com os fins buscados e com o restante do ordenamento jurídico-constitucional – e com os direitos fundamentais em especial. A partir dos juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, torna-se possível constatar, de modo racional, a compatibilidade da lei com a ordem jurídico-constitucional.

O segundo postulado utilizado no controle de constitucionalidade material da atividade legiferante é o da igualdade. Como decorrência do princípio da igualdade, toda e qualquer deve respeitar a isonomia, isto é, deve tratar a todos de forma igualitária. O legislador, ao criar a lei, não pode pretender tratar qualquer cidadão de forma excepcional, salvo naquelas situações em que haja uma justificativa para tanto. É a partir do postulado da igualdade que se pode constatar se, efetivamente, existe tal justificativa e, mais do que isto, se ela é adequada.

Com a utilização dos postulados normativos, portanto, é possível aferir, de forma racional, se a função legislativa está sendo desempenhada em consonância com a ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7 ed. amp. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, 2 v.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

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

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social: pós-modernidade constitucional? In: LEITE, José Adércio (Coord.). **Crise e desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.** São Paulo: LTR, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 3 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.