

1 Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.

É comum pensarmos na Constituição Federal como um documento soberano e absolutamente eficaz. De fato, a Constituição figura no ápice do nosso ordenamento jurídico e tem hierarquia superior às demais normas, [1] mas nem todas as suas normas têm aplicabilidade imediata e eficácia plena. Conforme estudaremos nesta unidade, a produção de efeitos jurídicos das normas constitucionais não é linear. Há normas criadas com o propósito de orientar o desenvolvimento de políticas públicas futuras bem como normas que estabelecem princípios relevantes a serem observados no desenvolvimento dos atos normativos subsequentes.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que as normas constitucionais podem ser divididas em dois grupos: as normas executáveis por si só (ou auto executáveis) e as normas não executáveis por si só.^[2] O autor explica que normas executáveis por si só são completas e não dependem de complementação. Já as normas não executáveis por si só dependem de um ato normativo para que atinjam a plena eficácia e aplicabilidade.

O processo de atribuição da eficácia completa às normas constitucionais desta natureza dependerá da chamada regulamentação, feita por meio da edição de leis que esclarecem e dão sentido à norma constitucional, tornando-a plenamente exigível. Importante notar que muitas normas constitucionais, mesmo tendo plena eficácia, são submetidas à regulamentação. Isto não significa que dependam deste ato para ter eficácia, pois trata-se de faculdade do legislador avançar a legislação sobre determinado direito, desde que, claro, não contrarie a Constituição.

Conforme a lição de Luis Roberto Barroso, “[e]ficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma.”^[3] Portanto, uma norma de natureza não executável por si só atingirá a finalidade de sua criação (ou seja, será eficaz) quando regulamentada. Cumpre notar que mesmo ausente a regulamentação, a norma constitucional produz efeitos jurídicos limitados.

A classificação baseada no binômio aplicável-não aplicável é também adotada por Celso Bastos e Carlos Ayres Britto. Segundo os juristas, as normas constitucionais podem ser classificadas como de aplicação e de integração. As primeiras são subdivididas entre normas que não admitem regulamentação e aquelas que, mesmo sendo plenamente aplicáveis, podem receber regulamentação do legislador ordinário.^[4] Já as normas de integração dependem da atuação do legislador infraconstitucional, que pode se dar de modo a restringir o alcance da norma ou para complementá-la. Como veremos a seguir, a normatividade de cada artigo da Constituição foi definida pela Assembléia Constituinte, exercendo o Poder Constituinte Originário. Portanto cada norma é detentora de características específicas que limitam a atividade do legislador.

Antes de passarmos para o estudo em detalhes de tais elementos, é importante mencionar que diferentes doutrinadores classificam de modo diferente as normas constitucionais em relação a sua aplicabilidade e eficácia. Adotaremos a doutrina do professor Jose Afonso da Silva, amplamente adotada nos manuais de Direito Constitucional, sem deixar de mencionar a crítica de que a divisão em três categorias, na verdade, “se reduz ao dualismo clássico”.^[5]

1.1 .Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata .

Normas de eficácia plena produzem efeitos jurídicos desde o momento em que entram em vigor (não confundir vigência com a validade. Uma norma pode ser válida e ter sua vigência adiada através da *vacatio legis*, por exemplo). A principal característica de uma norma de eficácia plena é o fato de que não necessita de qualquer outra norma infraconstitucional para sua aplicação.

Vejamos alguns exemplos:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Ou o artigo 20:

Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;

Ou ainda:

Art. 18. [...]

§ 1º Brasília é a Capital Federal.

Portanto, é possível observar que o mandamento constitucional é completo e não deixa dúvidas quanto ao seu propósito. Igualmente, não há necessidade de buscar-se a atividade legiferante para complementação da norma. No exemplo acima, ao se afirmar que “s ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, não resta dúvida ao intérprete e ao aplicador da norma de que um poder não poderá se sobrepor aos demais. Da mesma forma, não se poderá argumentar que tal mandamento só prevalecerá quando uma lei regulamentar os pormenores da relação política entre os poderes da República. Por isso fala-se na norma completa, de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

1.2 Normas constitucionais de eficácia contida (ou restringíveis) de aplicabilidade direta e imediata, mas passíveis de restrição .

As normas de eficácia contida, embora tenham recebido do constituinte normatividade suficiente para produzir efeitos imediatos e plenos, são dotadas de meios normativos que permitem ao legislador infraconstitucional reduzir sua eficácia e aplicabilidade. Em outros termos, a norma de eficácia contida nasce com executoriedade plena, mas permite-se (note-se que é permitido e não necessário) ao legislador infraconstitucional regulamentar seu conteúdo para, se assim o quiser, limitar seu alcance.

Pedro Lenza acrescenta que tais restrições podem ser apresentadas pela própria Constituição, ao estabelecer circunstância nas quais certas normas terão sua eficácia restringida. O artigo 139, IV é lembrado como exemplo, já que autoriza a suspensão da liberdade de reunião em caso de vigência do Estado de Sítio. [6]

São exemplos de normas de eficácia contida:

Art. 5º [...]

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; [...]

[...]

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Art. 170 [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Ressalte-se que a assistência religiosa, referida no artigo 5º, VII e aqui usada com exemplo, é apresentada como uma garantia constitucional. Portanto, se não houvesse lei regulamentando tal inciso, o mesmo seria válido e aplicável tal como interpretado pelos juízes. Entretanto, permite-se que o legislador faça essa interpretação, que eventualmente poderá ser restritiva. Da mesma forma, o inciso XV permite que qualquer pessoa entre, saia ou permaneça no território nacional com seus bens. A norma é clara e sem regulamentação representa uma liberdade absoluta aos indivíduos. Entretanto, os parlamentares estabeleceram regras para a saída e entrada de bens, o que certamente limita a liberdade plena oferecida pelo inciso isoladamente.

1.3 Normas de eficácia limitada (ou reduzida).

São normas que produzem apenas parcialmente seus efeitos e necessitam de norma integrativa infraconstitucional para produzir a totalidade de seus efeitos. Em outros termos, enquanto não houver regulamentação, a norma constitucional produz efeitos limitados, por vezes mínimos, sem atingir os objetivos pelos quais foi inserida na Constituição.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho denomina esse tipo de norma como “normas condicionadas”. O sentido pretendido é o mesmo, já que são normas “que poderiam ser auto-executáveis, mas que a Constituição condicionou à lei infraconstitucional. Esse artifício [...] deixa ao legislador ordinário a decisão quanto à oportunidade de dar eficácia a tais normas. Trata-se de uma forma de conciliação entre o mérito - que a Constituição decide - e a oportunidade”, esta definida pelo legislador. [7]

Importante ressaltar que todas as normas constitucionais, até mesmo aquelas de eficácia limitada, são dotadas de alguma eficácia jurídica pois determinam o sentido de atuação do legislador e balizam sua atuação legiferante. Não há que se falar em norma constitucional sem eficácia qualquer.

Vejamos alguns exemplos:

Art. 18. [...]

§ 2º - Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

Art. 113. A lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

O artigo 219, por exemplo, não apenas classifica o mercado nacional como patrimônio nacional como também determina seu incentivo por parte do Poder Público, nos termos do que vier a ser estabelecido por lei. Portanto a lei poderá dar sentido à norma constitucional ao especificar e definir a atuação governamental para a concretização da vontade constitucional, mas não poderá incentivar o mercado interno de modo que prejudique o desenvolvimento cultural. Note-se que a norma constitucional surte efeitos e, ao dar diretrizes, condiciona a atuação do legislador.

Segundo o magistério de José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada podem ser separadas nos seguintes grupos:

1.3.1 Normas definidoras de princípio institutivo: criam ou estruturam as instituições e órgãos constitucionalmente previstos. Manoel Gonçalves Ferreira Filho as denomina “normas de estruturação, uma vez que “instituem entes ou órgãos, deixando ao direito infraconstitucional a definição de sua organização (embora às vezes a predeterminem parcialmente)”. [8] São exemplos de normas definidoras de princípio institutivo:

Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.

Art. 90. [...] § 2º - A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República.

1.3.2 Normas definidoras de princípio programático: são disposições que indicam fins sociais a serem alcançados através da atuação estatal tanto na ordem econômica quanto na ordem social. Conforme salienta Luís Roberto Barroso, “algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais[...]; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem observados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.” [9] Não raro tais normas especificam políticas públicas a serem desenvolvidas de modo que exigem leis regulamentadoras. A ação de inconstitucionalidade por omissão, a qual estudaremos na unidade 4, é instrumento apropriado para exigir sua implementação. [10] Vejamos alguns exemplos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados :

DICA:

O Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar disponibiliza uma relação atualizada de todos os artigos da CF/88 que ainda dependem de regulamentação

<http://www.diap.org.br/index.php/legislativo/dispositivos-pendentes-de-regulamentacao>

[1] Estudaremos oportunamente que os tratados de direitos humanos podem ser incorporados com hierarquia de norma constitucional.

[2] FERREIRA FILHO. **Curso de direito constitucional**. 34. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 389

[3] BARROSO. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. São Paulo: Renovar, 2002, p. 83

[4] BASTOS e BRITTO. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1982, p. 49

[5] FERREIRA FILHO, **Curso de direito constitucional**, p. 391

[6] LENZA. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. São Paulo: SARAIVA, 2008, p. 106-107

[7] FERREIRA FILHO, **Curso de direito constitucional**, p. 390

[8] FERREIRA FILHO, **Curso de direito constitucional**, p. 390

[9] BARROSO. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 118.

[10] FERREIRA FILHO, **Curso de direito constitucional**, p. 390

1.3.3 O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Tanto o mandado de injunção quanto a ação de inconstitucionalidade por omissão serão estudados em capítulos posteriores (4 e 5, respectivamente). Cabe-nos, porém, pontuar sua importância como instrumentos de concretização normativa. Ambos são instrumentos jurídicos que possibilitam levar a omissão legislativa ao judiciário para que este tutele a demanda.

O mandado de injunção é instituído pelo artigo art. 5º, inciso LXXI que determina que será concedido na falta de norma regulamentadora que torne inviável o “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à

soberania e à cidadania”. Portanto, ao julgar um caso concreto em que o juiz reconhece que o direito constitucional é ineficaz em virtude de ausência de norma

infraconstitucional regulamentadora, poderá ser determinada a integração do direito de forma a torná-lo eficaz e exercitável.

Para citar um exemplo, remeto ao artigo 40, § 4º da Constituição, que tem sido objeto de inúmeros mandados de injunção dada a ausência de legislação que regulamente a aposentadoria especial em todas as categorias. O artigo assegura aos servidores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o regime de previdência e autoriza a adoção excepcional de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos portadores de deficiência, aos que exerçam atividades de risco e àqueles cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Em recente decisão sobre a contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições especiais, o Plenário do STF “reconheceu o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, com observância do sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91, art. 57), para fins da aposentadoria de que cogita o § 4º do art. 40 da CF, cabendo ao órgão a que integrado o exame do atendimento ao requisito ‘tempo de serviço’. [...] O Min. Marco Aurélio [...]apontou que, dentre os critérios e requisitos especiais para a aposentadoria, estaria o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Ponderou que, no tocante à aposentadoria especial, o Supremo tem limitado a eficácia das decisões proferidas em mandado de injunção, ao determinar que a Administração verifique o preenchimento, em concreto e de forma individual, dos requisitos para a inativação. Aduziu, ainda, que o entendimento firmado no julgamento do MI 795/DF (DJe de 22.5.2009) mostrar-se-ia linear, pois, durante o tempo em que não editada a lei reguladora do direito assegurado constitucionalmente, o critério a ser levado em conta seria, na integralidade, o da Lei 8.213/91. Assim, se os trabalhadores em geral podem ter considerado o tempo de serviço em atividade nociva à saúde, mediante conversão (Lei 8.213/91, art. 57, § 5º), não haveria justificativa para obstaculizar o tratamento igualitário aos servidores públicos enquanto não advier legislação específica.” [1]

A ação de inconstitucionalidade por omissão, diferentemente, servirá para que o Supremo Tribunal Federal dê ciência ao Poder Legislativo para que adote a legislação omissa e, caso a omissão seja de órgão administrativo, que seja adotada a medida necessária no prazo de 30 dias (art. 103, § 2º). A omissão será verificada sempre que o legislador ou o administrador deixar de praticar um ato (administrativo ou legislativo, conforme o caso) para tornar plenamente aplicável uma norma constitucional que requeira essa medida complementadora.

O Ministro Marco Aurélio, ao relatar a ADI 1.458-MC/DF elucidou algumas das formas de comportamentos inconstitucionais do Poder Público, dentre os quais a omissão:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.”

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...)"[2]

[1] Ver MI 2140 AgR/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º.7.2011. (MI-2140), Informativo Eletrônico do STF Brasília, 27 de junho a 1º de julho de 2011 Nº 633.

[2] ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO

1. Interpretação do Direito e da Constituição.

As normas jurídicas não tratam de casos particulares ou específicos. Ao contrário, são genéricas e abstratas para que “possam cumprir a sua finalidade de disciplinar um número infundável de situações” concretas.^[1] A interpretação da Constituição, portanto, é a atividade que busca atribuir significado ao seu texto e expor o teor de suas expressões. [2]

A tarefa do intérprete será determinar se a norma geral e abstrata abarca situações concretas específicas. Colocando de outra forma, através de interpretação será possível aplicar normas abstratas de direito, atribuindo-lhes significado, aos casos concretos pertinentes, diante dos quais os intérpretes buscam uma solução baseada na lei.

Segundo o modelo proposto por Kelsen, a atividade de interpretação das normas pelos juízes é semelhante à imagem de uma moldura dentro da qual há possíveis soluções válidas, e soluções inválidas quando situadas fora desse parâmetro. Mas antes de se atingir o momento de interpretação e aplicação da norma pelos juízes, as normas são formuladas pelo Poder Legislativo, cuja atividade também depende de interpretação das normas e dos princípios constitucionais anteriormente à elaboração legislativa.

Como se vê, a atividade interpretativa é prática dotada de discricionariedade. Por essa razão busca-se construir métodos interpretativos para reduzir a esfera de discricionariedade dos intérpretes. Os casos em que a solução de um conflito concreto depende da interpretação de normas constitucionais “extremamente abstratas” que tratam de direitos fundamentais são ainda mais desafiadores. Tais normas, denominadas “jusfundamentais” por Oscar Vilhena, constituem uma verdadeira ponte entre a moralidade política e o direito pois abrigam uma variedade de dispositivos de natureza moral (igualdade, dignidade, liberdade) e princípios como democracia e Estado de Direito. [3]

A respeito do significado da interpretação, o magistério de Celso Bastos esclarece:

“Quando se lê um dispositivo, acredita-se que se aplique a inúmeras situações. É exatamente a interpretação que vai aclarar qual o objetivo, o alvo daquela norma, determinado seu raio de alcance face aos inúmeros casos concretos que surgem. E não é apenas questão de se adotar uma das inteligências possíveis. A interpretação obriga a uma opção, dentre as escolhas possíveis, por aquela que seja a melhor. [...] A interpretação no campo jurídico é, concluindo, indispensável e será tanto mais necessária quanto maior for o grau de abstratividade ou tanto mais esteja a norma voltada apenas a fins (como as normas constitucionais programáticas).” [4]

Segundo a lição de André Ramos Tavares, “a interpretação insere-se como o processo pelo qual o Tribunal constrói a norma a ser aplicada, a partir do enunciado fornecido pelo legislador, no caso do Tribunal Constitucional, o legislador constituinte. É a construção de um discurso não autônomo (porque vinculado ao enunciado escrito) pelo operador do Direito. Evidentemente, portanto, que a interpretação implica alto grau de subjetivismo, mas não se deve confundi-lo com arbitrariedade.”^[5]

Métodos de interpretação .

Estudaremos os métodos ou elementos de interpretação enquanto importantes instrumentos à disposição do intérprete para atribuir significado à norma e atingir seu núcleo semântico. Importante lembrar que são muitos os métodos interpretativos adotados por diferentes juristas, mas predomina a idéia de que não há hierarquia entre os mesmos.

1.1.1 Método Jurídico: segundo o método jurídico, o sentido das normas constitucionais é extraído através de regras tradicionais da hermenêutica, quais sejam, os métodos gramatical, histórico, lógico e sistemático. Vejamos cada um deles:

1.1.1.1 Método Literal ou Gramatical : O método literal ou gramatical baseia-se na busca do conteúdo semântico das palavras que formam o enunciado da norma. Por considerar o texto, é denominado gramatical ou literal. Esse método depende de bom conhecimento do léxico empregado, informações apuradas quanto ao estilo e orientações do autor do texto, certeza da autenticidade do texto e boa informação contextual do assunto tratado pelo texto. [6] O método gramatical, ainda que possa parecer dotado de objetividade e neutralidade, apresenta dificuldades relacionadas às diversas acepções existentes para expressões e vocábulos adotados em diferentes sentidos.

1.1.1.2 Método Histórico : O método histórico utiliza o contexto em que a norma foi debatida e criada como forma de alcançar seu sentido. Desta forma, os debates parlamentares, os relatórios, comentários jurídicos de analistas envolvidos na elaboração da norma são fontes de interpretação. O método histórico considera ainda qual seria a intenção do legislador não apenas em relação aos fatos do momento em que foram criadas mas também em relação aos fatos futuros àquele momento de elaboração (como por exemplo o presente).

1.1.1.3 Método Lógico ou Teleológico : segundo o método lógico ou teleológico, a interpretação deve destacar a finalidade da lei, o motivo pelo qual foi criada. A ênfase deste tipo de interpretação é “o bem jurídico tutelado pela lei, ou melhor dizendo, o valor nela versado”. [7]

1.1.1.4 **Método Sistemático** : o método sistemático busca interpretar a norma em conformidade com o contexto normativo em que está inserida, de forma que não se configure uma interpretação isolada ou deslocada das demais normas que compõe o mesmo sistema de normas. Segundo o método sistemático, ao interpretar determinada norma, devem ser consideradas interpretações de outros atos normativos tratando do mesmo ou semelhante objeto. Trata-se de buscar uma unidade e expressar uma visão estrutural das leis interpretadas.

1.1.2 **Método Tópico-Problemático** : este método parte da premissa de que a função de interpretação é dotada de caráter prático uma vez que busca solucionar problemas concretos. É um método que valoriza a discussão e resolução de problemas concretos em face da norma constitucional de caráter aberto e indeterminado.

1.1.3 **Método Hermenêutico-Concretizador** : trata-se de um método a partir do qual o intérprete concretiza a norma tendo como referência uma situação histórica concreta. Conforme leciona Kildare Gonçalves Carvalho, “[e]ste método procura realçar os aspectos subjetivos e objetivos da atividade interpretativa, isto é, a atividade criadora do intérprete e as circunstâncias em que se desenvolve essa atividade, promovendo uma relação entre o texto e o contexto, transformando interpretação em 'movimento de ir e vir' (círculo hermenêutico).” [8]

1.1.4 **Método Científico-Espiritual** : de acordo com este método, a Constituição deve ser interpretada de forma integrada com os valores do estado, levando em conta o sistema de valores subjacentes à Constituição. A interpretação segundo o método científico-espiritual supera a compreensão positivista e busca sentido enquanto elemento de integração com diferentes graus de legitimidade.

Método Normativo-Estruturante : segundo esse método, o intérprete deve considerar dois elementos simultaneamente, quais sejam, o texto da norma e realidade social. Desta forma, a “norma terá que ser concretizada não só pela atividade do legislador, mas, também, pela atividade do judiciário, da administração, do governo, etc”. [9]

[1] BASTOS. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 37

[2] *Idem*.

[3] VIEIRA. *A Moralidade da Constituição e os Limites da empreitada interpretativa. Ou entre Beethoven e Bernstein*, p. 218.

[4] BASTOS. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 47.

[5] TAVARES, Secondary TAVARES, Tertiary TAVARES. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, pag. 219

[6] BASTOS. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 59.

[7] BASTOS. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 61.

[8] CARVALHO. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, p. 327.

[9] LENZA. Direito Constitucional Esquematizado, p.71.

Interpretação do Direito e da Constituição

1 Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

Segundo uma classificação proposta por André Ramos Tavares, quando a análise da atividade interpretativa é restrita ao órgão que tem a função de Tribunal Constitucional (no nosso caso o STF), os métodos interpretativos podem ser classificados em três categorias: interpretação principiológica, interpretação evolutiva e interpretação desenvolvimentista das liberdades públicas.^[1]

A interpretação principiológica decorre de uma transformação do constitucionalismo, especialmente no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial. Passou a ser mais comum em documentos constitucionais a existência de normas com conteúdo principiológico, mais abertas, portanto, à atividade interpretativa.

Tal orientação desenvolveu-se sob as críticas daqueles que entendiam que a introdução de princípios (por essência conceitos vagos e abertos) nos textos constitucionais representaria a instauração de um Estado controlado por juízes. Na visão de Kelsen, tratar-se-ia de “estabelecer balizas ‘flutuantes’ para a atividade do legislador, já que dependentes do critério a ser adotado futuramente pelo Tribunal”.^[2]

Já a interpretação evolutiva é aquela que procura atualizar a norma, através da construção e adaptação de seu sentido. Esse método deu origem ao termo “living constitution” (constituição viva), bastante utilizado na doutrina de outros países.

A interpretação desenvolvimentista busca assegurar a prevalência dos direitos fundamentais. Segundo Tavares, pode implementar-se de duas formas: “com a interpretação sempre ampliativa e beneficiadora dos direitos” ou “com a guarda desses direitos (contra as leis e atos normativos, incluindo decisões judiciais, que os violem, inserindo-se no contexto da função estruturante e cassatória)”.^[3]

1 Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito.

1.1 Estado Liberal

O Estado Liberal desenvolveu-se tendo como base o fortalecimento dos ideais e princípios relacionados aos direitos fundamentais, da separação de poderes estatais relacionada ao conceito de que a lei está acima dos governantes e das garantias à propriedade privada.

Assim, a separação entre as esferas do público e do privado ganham nítida distinção. De um lado delimitam-se as atividades estatais típicas e de outro é estabelecida a esfera privada em face da qual o Estado deve abster-se de atuar ou interferir, ou então fazê-lo de modo minimalista. A essência da atuação estatal será “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse

de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”. [4]

O projeto do Estado Liberal implementa o importante conceito da igualdade formal (todos iguais perante a lei) porém desdobra-se, com o tempo, no sentido de uma ampliação dos princípios da revolução liberal não mais apenas como formalidade, “uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. [5]

1.2 Estado Social

O Estado Social desenvolveu-se em resposta às más condições sociais e trabalhistas as quais eram submetidos os trabalhadores e a população em geral no período da revolução industrial. Diante da possibilidade de ruptura violenta do Estado Liberal, a “burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.” [6]

Nota-se a substituição do princípio da igualdade formal basilar ao Estado Liberal pela crescente noção de igualdade material, buscando superar a mera igualdade perante a lei pela igualdade de fato. No contexto de desenvolvimento do Estado Social, justifica-se perante a lei o tratamento desigual de cidadãos, na medida de suas desigualdades, como forma de atingir a igualdade material.

1.3 Estado Democrático de Direito

Diante das limitações do Estado Social desenvolve-se o Estado Democrático de Direito buscando aproximar ou reconciliar o elemento democrático de manifestação do poder e a prevalência da legalidade. Norberto Bobbio, ao descrever esse movimento de aproximação entre o Estado Liberal e o valor da participação democrática na vida do Estado, enfatiza a interdependência dos conceitos de duas formas: “na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais.” [7]

Outro importante elemento do Estado Democrático de Direito é um realocamento das funções essenciais ao Estado. O Poder Judiciário tem seu espaço de atuação e seu poder político ampliado como parte do processo de concretização do Estado democrático de direito. Do judiciário passa a ser exigida uma postura diferente na interpretação das leis, de forma a considerar o elemento fático e as considerações morais. Neste contexto, os princípios constitucionais, como vimos acima, passam a ser importantes instrumentos para a solução de casos complexos.

-
- [1] TAVARES, **Teoria da Justiça Constitucional**, pag. 234
- [2] TAVARES, **Teoria da Justiça Constitucional**, pags. 235-236
- [3] TAVARES, **Teoria da Justiça Constitucional**, pag. 245
- [4] CATTONI. Direito constitucional, p. 55.
- [5] BONAVIDES. Do Estado liberal ao Estado social, p. 42.
- [6] LA BRADBURY. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos.
- [7] BOBBIO. O Futuro da Democracia: uma Defesa das Regras do Jogo, pág.20.
-

Nacionalidade e Políticos

[1 Nacionalidade: conceito, espécies, critérios de aquisição, perda e reaquisição.](#)

1 Nacionalidade: conceito, espécies, critérios de aquisição, perda e reaquisição.

O direito interno não protege apenas os nacionais. Conforme já estudamos, a Constituição brasileira garante a proteção dos direitos de brasileiros e estrangeiros, [1] mas estabelece a distinção entre um e outro para fins legais. Desta forma, o estabelecimento do vínculo de nacionalidade entre o indivíduo e seu Estado será fundamental para o pleno exercício de seus direitos e deveres.

Conforme a lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, “o nacional é sujeito natural do Estado”, de forma que o conjunto dos nacionais forma o povo de um Estado. O vínculo de nacionalidade que se estabelece entre o indivíduo e seu Estado subsiste inclusive quando está fora de seu território. [2]

Portanto a nacionalidade pode ser definida como o vínculo jurídico e político do indivíduo em relação ao Estado, cujo reconhecimento se dá inclusive além dos seus limites territoriais. Cumpre estabelecer ainda diferenciação entre os conceitos de população, cuja composição abrange não apenas os nacionais, mas também os estrangeiros, e de povo, que se restringe aos habitantes de determinado território vinculados pela identidade da nacionalidade.

A idéia de nação, entretanto, não se confunde com a de povo ou com a de população. Nação é uma compreensão de sentido sociológico e não estritamente jurídico, já que leva em conta a identidade estabelecida entre os nacionais por conta de seu idioma e cultura.

Passaremos agora à análise das definições e diferenças entre brasileiro nato e naturalizado, as condições para a concessão da nacionalidade, sua perda e reaquisição, tratadas no art. 12 da Constituição e no Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815 de 1980).

1.1 A aquisição da nacionalidade.

A nacionalidade é atribuída aos indivíduos segundo dois critérios:

1.1.1. Critério da territorialidade (*ius solis*).

A atribuição da nacionalidade segundo esse critério leva em conta o território de nascimento. Portanto, via de regra, bastará ao indivíduo nascer em território que adota o critério do *ius solis* para obter sua nacionalidade, independentemente da nacionalidade de seus genitores. Conforme veremos, muitos estados, como é o caso do Brasil, estabelecem exceções à regra, em casos em que os genitores estejam a serviço de governo estrangeiro no Brasil.

O Critério do *ius solis* é adotado em diversos países além do Brasil, como Argentina, México, Canadá e os Estados Unidos, dentre muitos outros. Interessante notar que a história comum entre diversos países que adotam esse critério é o fato de terem se caracterizado por receberem intensa imigração. Buscava-se com isso evitar que os filhos dos trabalhadores imigrantes detivessem apenas a nacionalidade do Estado de seus pais.

Importante ressaltar que muitos países que anteriormente adotavam o critério automático do *ius solis* modificaram suas legislações nas últimas décadas para adotar regras que acrescentam critérios adicionais, tais como a residência permanente ou um período mínimo de residência dos pais. A razão de tais modificações foi dificultar que filhos de imigrantes se tornassem nacionais através do simples nascimento. A França e o Reino Unido são exemplos de países que promoveram esse tipo de alteração: A França passou a prever, desde 1993, que o filho de estrangeiros nascido no território francês deve solicitar a nacionalidade francesa ao completar dezesseis anos. [3] Já no Reino Unido, estabeleceu-se através do *British Nationality Act 1981* que a nacionalidade britânica é adquirida pelo nascimento quando o pai ou a mãe são cidadãos britânicos ou quando estão estabelecidos no território britânico. [4]

1.1.2. Critério da filiação (*ius sanguinis*).

O critério da filiação, conhecido como *ius sanguinis* ou critério hereditário, leva em consideração apenas a nacionalidade dos genitores para definir a nacionalidade do filho, independentemente do local de seu nascimento. Adotam o critério do *ius sanguinis* a Alemanha, Bulgária, Bélgica, China, Japão, Itália e Israel, dentre muitos outros Estados.

O traço distintivo desses países, ao contrário dos países que adotam o critério territorial, é justamente o fato de que historicamente foram países de emigração, de modo que o critério lhes servia para preservar o vínculo de nacionalidade com seus nacionais mesmo quando partiam para outras partes do mundo e lá tinham seus filhos. Vale destacar os casos da Alemanha e de Israel: a Alemanha adotou em 1953 Lei Federal que trata do direito de nacionalidade dos alemães que se migraram para a Europa central e leste europeu no período da Segunda Guerra Mundial e amplia esse direito aos nacionais dos Estados especificados desde que provem terem sido perseguidos e discriminados pelos

governos de seus países por conta da sua origem ou ancestralidade alemã. [5] Desde 1990 o critério vem sendo endurecido de modo que se exige também a prova de competência no idioma alemão e integração cultural.

O caso de Israel é ainda mais amplo e vai além do critério puramente sanguíneo pois a Lei do Retorno confere a qualquer indivíduo de qualquer nacionalidade, desde que judeu de nascimento ou por conversão, ou filho de pais, avós ou casado com pessoa de religião judaica, o direito de cidadania. [6] Como se vê, o elemento sanguíneo neste caso é vinculado à religião pois entende-se que o traço de ancestralidade do povo se identifica através da religião judaica.

1.2 Brasileiro nato (art. 12, I).

O artigo 12, inciso I, da Constituição estabelece as condições e critérios para a classificação como brasileiro nato e o inciso II em relação aos brasileiros naturalizados.

1.1.1 Nascimento no território brasileiro: a alínea “a” do inciso I do art. 12 da Constituição determina que são brasileiros natos aqueles que nascem na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros. A mesma alínea estabelece a exceção para esta hipótese, que é a possibilidade de que os pais estejam a serviço de seu país. Portanto, com exceção dos casos em que os genitores estejam no Brasil a serviço de governo estrangeiro, todos os nascidos no Brasil serão considerados brasileiros natos.

1.1.2 Nascimento no exterior : se nascido no exterior, o filho de brasileiro será considerado brasileiro nato em três hipóteses, todas baseadas na regra do *ius sanguinis* ou da hereditariedade:

a) será igualmente brasileiro nato o filho ou filha de brasileiro que esteja no exterior a serviço do governo brasileiro

b) caso os pais do brasileiro nascido no exterior não estejam a serviço do Brasil, deverão registrar-se em repartição brasileira, como um consulado ou embaixada, para que seus filhos sejam considerados brasileiros natos. Trata-se de regra que na prática implementa o princípio da hereditariedade dentre as regras de atribuição de nacionalidade no Brasil, embora restrito ao primeiro grau de parentesco (pais).

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

1.3 Brasileiro naturalizado (art. 12, II).

A naturalização prevista na Constituição e no Estatuto do Estrangeiro pode ser dividida em cinco procedimentos diferenciados

a) a regra geral para o processo de naturalização está prevista no art. 12, II, “a”, e regulamentado pelo art. 112 do Estatuto do Estrangeiro. Portanto o estrangeiro terá seu pedido de naturalização concedido se for registrado como permanente no Brasil, com residência por pelo menos 4 anos continuamente, domínio razoável do idioma

português, trabalho ou bens que lhe garantam subsistência, inexistência de processo judicial ou condenação no Brasil ou no exterior por crimes específicos, boa saúde e capacidade civil.

b) em caso de estrangeiro originários de **países de língua portuguesa**, exige-se apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral.

c) os estrangeiros de **qualquer nacionalidade, residentes no Brasil há mais de quinze anos** ininterruptos e sem condenação penal, poderão requerer a nacionalidade brasileira sem a necessidade de cumprimento dos diversos requisitos elencados no item “a” acima.

d) para os casos específicos de **portugueses com residência permanente**, desde que exista regra equivalente para brasileiros em Portugal (atualmente existe o tratamento com igualdade, estabelecido através da Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses [7]), são atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, com exceção dos direitos exclusivos de brasileiros natos.

e) os estrangeiros que entrarem no Brasil **até os 5 anos de idade** e que permaneçam no país, poderão optar pela nacionalização até dois anos depois da maioridade. De modo semelhante, os estrangeiros que ingressarem no Brasil antes dos dezoito anos e que **completarem curso superior** em universidade brasileira, poderão nacionalizar-se desde o requeiram até um ano depois de formados.

1.4 Distinções entre o brasileiro nato e o naturalizado (art. 12, § 2º e § 3º).

O § 2º do artigo 12 estabelece o importante princípio da não distinção entre brasileiros natos e naturalizados, que deverá ser observado a todo tempo quando a Constituição ou as leis tratarem de nacionalidade. Embora a regra seja a não distinção, o tratamento diferenciado será permitido apenas nos casos previstos pela própria Constituição. Vejamos quais são:

a) **Extradição:** o brasileiro nato jamais será extraditado, já o naturalizado poderá ser submetido ao processo de extradição em caso de crime comum anterior à naturalização e crime de tráfico, neste último caso mesmo que tenha sido cometido após a naturalização (art. 5º, **LI**).

b) **Cargos privativos:** o art. 12, §3º relaciona os cargos que não poderão ser ocupados por brasileiro naturalizado:

✓Presidente da República.

✓Vice-Presidente da República

✓Presidente da Câmara dos Deputados

✓Presidente do Senado Federal

✓Ministro STF (qualquer Ministro)

✓Membro da carreira diplomática

✓Oficial das Forças Armadas

✓Ministro de Estado da Defesa

c) **Atividade nociva ao interesse nacional:** segundo o art. 12, §4º, perderá a nacionalidade o brasileiro naturalizado que pratica a atividade nociva ao interesse nacional.

d) **Cidadãos membros do Conselho da República:** O art. 89 cria o Conselho da República como órgão de consulta do Presidente da República. Dentre os participantes estabelecidos no referido artigo, interessa-nos neste momento apontar a participação determinada no inciso VII, de seis cidadãos brasileiros natos.

e) **Propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens:** o art. 222 especificou que a propriedade deste tipo de empresa, dado o seu potencial interesse estratégico para o país, deverá ser restrita aos (i) brasileiros natos, (ii) brasileiros naturalizados há mais de 10 anos ou (iii) pessoas jurídicas brasileiras com sede e constituição brasileiras.

1.5 Perda e reaquisição da nacionalidade (art. 12, §4º).

Há duas hipóteses de perda da nacionalidade, quais sejam, o cancelamento da naturalização e a aquisição de outra nacionalidade:

a) o cancelamento ocorrerá apenas por sentença judicial, em virtude de condenação por atividade nociva ao interesse nacional.

Nesta hipótese de perda, não há que se falar em reaquisição.

b) caso o brasileiro adquira nova nacionalidade, perderá a nacionalidade brasileira, salvo se (i) a lei estrangeira reconhecer a nacionalidade originária brasileira e se (II) houver imposição de naturalização pela norma estrangeira ao brasileiro, residente no estado estrangeiro, como condição para permanência ou para o exercício de direitos civis.

Na hipótese de perda de nacionalidade decorrente de aquisição de outra nacionalidade (portanto excluídas as exceções segundo as quais se permite adquirir outra nacionalidade), somente poderá ser readquirida a nacionalidade por decreto, nos termos da Lei n. 818/1949, que regula a aquisição, a perda e a reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos.

[1] Por exemplo, o art. 5º, em seu caput, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

[2] FERREIRA FILHO. Curso de Direito Constitucional, p. 111.

[3] Mais informações disponíveis em <http://www.numbersusa.com/content/node/7628> acessado em 05 de novembro de 2010.

[4] Conforme a Parte 1 do *British Nationality Act 1981*, disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61> acessado em 05 de novembro de 2010.

[5] A Lei é denominada *Bundesvertriebenengesetz* e pode ser acessada em <http://bundesrecht.juris.de/bvfg/index.html>. Acesso em 05 de novembro de 2010.

[6] A Lei do Retorno, de 1950, pode ser acessada em inglês através do endereço http://www.mfa.gov.il/MFA/MFAArchive/1950_1959/Law%20of%20Return%205710-1950. Acessado em 05 de novembro de 2010.

[7] A íntegra da Convenção pode ser acessada no endereço http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70391.htm.