

EFICÁCIA POSITIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito e Doutor em Direito em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Pós-Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Docente do PPGD IMED. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional.

RESUMO

Este texto trata da possibilidade do reconhecimento da eficácia positiva das normas programáticas, tese tradicionalmente rejeitada. Porém, entende-se cabível que estas normas produzam eficácia positiva e isto já vem mesmo ocorrendo, o que demanda uma revisão doutrinária.

Palavras-chave: Norma programática. Eficácia jurídica. Eficácia positiva.

1 INTRODUÇÃO

O tema das normas programáticas é assunto da Teoria da Constituição, da Teoria da Norma, da Hermenêutica, denotando discussão sobre democracia, papel do legislador, do administrador e do judiciário, além, claro, de implicar na questão do juízo discricionário. Ou seja: é tema delicado, com múltiplas dimensões, complexo e polêmico.

Muito já se escreveu sobre a matéria.¹ Em língua portuguesa merece destaque a obra *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, de José Joaquim Gomes Canotilho.² Ora, evidentemente que a problemática das normas programáticas se põe sobretudo na hipótese de uma Constituição Dirigente, uma vez que boa parte do dirigismo constitucional se apresenta sob as vestes da programaticidade. Exatamente por isto é que o debate acerca de tal espécie normativa se coloca com mais intensidade em alguns lugares do que em outros. Ao me-

nos de um modo geral ou presumivelmente, tem maior centralidade diante de uma Constituição Longa (como a brasileira) do que de uma Constituição Sintética (como a estadunidense).

O presente artigo se ocupa de uma faceta das normas programáticas, qual seja, a sua eficácia, domínio da Teoria da Norma. Antes de ingressar propriamente na abordagem algumas notas são cabíveis. A rigor, as normas programáticas não têm por destinatário apenas o legislador, embora seja ele o seu primeiro alvo ou seu concretizador por excelência, o que também não é algo que se dê na totalidade destas normas. As normas programáticas também se destinam ao administrador e por vezes a ele em primazia. Em outros casos, conquanto se dirijam ao poder legislativo, subsiste um espaço de atuação administrativa seja quando na existência da intermediação legislativa seja frente à inércia do legislador, computada, claro, a reserva de lei e considerado o debate sobre a normatização autônoma da Administração Pública, inclusive o fenômeno da *deslegalização*.

Outra anotação devida é concernente à associação normalmente feita entre programaticidade constitucional e ativismo judicial. A relação não é necessária e, a rigor, nem mesmo querida. A atuação do judiciário na implantação das normas programáticas é, por princípio, secundária, coadjuvante. O ator principal das normas progra-

1 CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 3.ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955, p. 14-36.

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

máticas é o legislador (daí o título do livro citado de Canotilho). Antes do juiz vem também o administrador. O judiciário somente deve ser chamado em situação limite, excepcional. O contrário disso pode revelar, ao invés da vontade constitucional, patologia funcional das instituições. Repita-se: as normas constitucionais são da alçada do poder legislativo, em primeira posição, e da Administração Pública, em segundo lugar. Explicar o ativismo judicial pela existência de uma Constituição Dirigente (Programática) pode falsear o problema.

Sem embargo, o reconhecimento da eficácia positiva das normas programáticas impulsiona a presença da jurisdição. Nesta linha, que revê a conceituação tradicional, a demanda por provimento jurisdicional fica autorizada no sentido de assegurar, por si, o comando programático, embora ainda assim de modo extravagante. Isto porque a eficácia positiva de norma (tipicamente) programática não se apresenta frequentemente, sendo, em tese, ainda menos comum quando dirigida ao legislador do que quando destinada ao administrador.

Podem ser elencadas três fases no que tange ao reconhecimento da eficácia jurídica das normas programáticas: 1^a) a disposição programática não é norma, não possui, portanto, eficácia jurídica, é tão apenas exortação, conselho, sugestão, sem vinculatividade; 2^a) a disposição programática é norma e ostenta eficácia hermenêutica, isto é, influi na interpretação/aplicação das outras normas, inclusive das próprias normas programáticas; 3^a) a disposição programática é norma e possui eficácia hermenêutica e eficácia negativa, isto é, gera a invalidação de qualquer ato, inclusive lei, que a contrarie, o que significa que a direção apontada pela norma programática não se traduz como opção, faculdade, ao menos não no que se refere à possibilidade de adotar direção oposta àquela enunciada pelo preceito programático.

Diga-se que as questões referentes às eficácias hermenêutica e negativa, talvez mais a segunda do que a primeira, estão longe da pacificação. A conversação sobre a liberdade, dependendo das circunstâncias fáticas, para retroceder ou desviar da direção apontada pela normatividade programática segue acesa. Ilustra paradigmaticamente o Acórdão nº 184 do Tribunal Constitucional de Portugal.³ De toda sorte, o que se costuma enten-

³ Este acórdão, paradigma da problemática do dirigismo constitucional, está narrado e analisado em OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, capítulo VI, 4.

der é que, perante norma programática, o agente público conserva opção quanto ao momento de agir e quanto aos meios para alcançar a meta normativa. Em outras palavras: apesar de, a princípio, não ter liberdade para tomar um caminho diferente daquele traçado pelo programa constitucional, o agente público deteria a liberdade para não iniciar ou continuar a rota normativamente prevista.

Porém, as liberdades mencionadas não são tão livres assim. Afirmar, como muitos fazem, que o agente público – legislador ou administrador – conserva poder de escolha sobre os meios a serem empregados é ignorar toda uma produção doutrinária que redefiniu a noção de *discrecionariade*,⁴ segundo a qual há vinculação não somente em relação aos fins mas também no que tange aos motivos e meios. Daí o princípio da razoabilidade.⁵ Por outro lado, o agente também não tem liberdade total para agir ou não em proveito da norma programática como se fosse senhor do tempo, escolhendo, sem qualquer constrangimento ou baliza, se atua pela realização de programa constitucional agora ou daqui a 100 anos.

Questão que parece assentada na academia é que as normas programáticas não detêm eficácia positiva, isto é, não é possível exigir um comportamento, uma prestação com base em norma de teor programático. O que se faz aqui é testar a procedência desta afirmação. A jurisprudência vem admitindo que a normatividade programática pode gerar eficácia positiva. Se o judiciário vem decidindo assim, de duas uma: ou tais decisões estão certas e há uma mudança teórica ou estão doutrinariamente equivocadas, embaralhando categorias, emprestando a tal espécie normativa uma eficácia que, por natureza, não pode ter. Há uma terceira opção: dispositivos jurídicos que decisões judiciais estão chamando de programáticos não o são.

Afinal, normas programáticas podem produzir eficácia positiva ou não?

⁴ Confira-se, a respeito, a produção de Ronald Dworkin, cujo qual apresenta a categoria *juízo de empate*, que traduz a noção reformulada de juízo discricionário. Tb., além dos dois livros de minha autoria citados neste artigo, *Sobre discricionariade e Notas sobre a problemática da discricionariade: considerações a partir de Victor Nunes Leal*, ambos no prelo.

⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

2 A SISTEMÁTICA CLASSIFICATÓRIA TRADICIONAL

Segundo a teoria tradicional, em síntese, pode-se dizer que uma norma é programática quando não possui eficácia positiva. A única modalidade normativa que não produziria eficácia positiva seria a norma programática.

Para efeito de sistematização, na doutrina brasileira, a tipologia apresentada por Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, é típica.

Na expressão do Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), as normas podem ser reunidas em três grupos, quais sejam: *normas de organização*, *normas definidoras de direitos* e *normas programáticas*. Importa realçar, como assinala o próprio autor, que as divisões não são cerradas, não refletem um isolacionismo, não se repelem, o que recrudescer a complexidade do arranjo. As normas constitucionais de organização estabelecem o arquétipo da estrutura política, edificam o arcabouço orgânico do Estado, instituindo pessoas jurídicas, órgãos, definindo competências, modos de procedimento de funcionamento.⁶

Por sua vez, as normas definidoras de direitos investem o sujeito na prerrogativa de exigir

6 Apesar de estas normas não constituírem o objeto específico deste estudo, calha salientar que as normas de organização fundamentam ou geram deveres e direitos, conferindo, inclusive, direito subjetivo em feição positiva, o direito de cobrar do Poder Público uma conduta. Quando o art. 1º da Carta Magna enuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito veicula uma série de direitos e deveres que encontram alicerce neste protótipo estatal, são extraídos, encontram sustento, autonomamente ou não, nesta previsão. Quando o art. 93, II, a, prescreve ser “obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento”, estatui direito subjetivo àquele que se encontra na situação descrita, podendo, no caso de recusa, ser acionado judicialmente. Ótima hipótese do contato entre norma de organização, norma definidora de direito e norma programática é dada pela discussão que teve lugar no Acórdão nº 39 do Tribunal Constitucional de Portugal, quando o mesmo dispositivo, o art. 64, 2, foi enquadrado, concomitantemente ou não, em cada uma das espécies. Vale recordar a grafia do preceito: “O direito à protecção da saúde é realizado pela criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a protecção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo.”

uma abstenção ou uma ação. Conforme anota Barroso, nesta espécie estão situados os direitos fundamentais, incluídos aqueles posteriores a segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais, *e.g.*). O presente estudo está centrado na comparação entre as normas definidoras de direitos e as normas programáticas. Neste mote, as normas do primeiro tipo, ao contrário do outro, conferem direito subjetivo em feição positiva, ou seja, a possibilidade de exigir uma prestação, de cobrar um comportamento.⁷

Barroso chama a atenção para uma vulgarização do termo *direito*, porquanto, nada obstante a palavra dever ser empregada para designar “a exigibilidade efetiva de determinada conduta, correspondente a um dever jurídico de outrem, realizável por prestações positivas ou negativas”,⁸ o vocábulo é usado por vezes, sem maior cuidado, para retratar estados que não atribuem à pessoa tal faculdade, nomeadamente no seu aspecto positivo (cobrança de um agir), fato que gera ambigüidade na interpretação e aplicação da Constituição.

São direitos subjetivos: o direito de não ser preso arbitrariamente (art. 5º, LXI), o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e o direito ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV). Hipótese da utilização imprópria da expressão ficaria por conta do direito à moradia.⁹ Caso de dúvida, o art.

7 A rigor, não sempre as normas definidoras de direitos ensejariam direito subjetivo em versão positiva, porque, se de eficácia limitada, tal efeito ficaria na dependência da regulamentação infraconstitucional.

8 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 108.

9 A análise do autor tem por base preceito do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão Afonso Arinos. Esta a dicção do artigo: “Art. 368. É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.” Assevera, então, que, muito embora a redação do preceito, não se pode entender que há direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado: “Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal texto, todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previstos na norma teria ação contra o Poder Público para recebê-la.” *Idem*, p. 109 e 110. A compreensão de Barroso encontra explicação na forma da escrita do dispositivo, que enuncia *moradia digna e adequada*, para o indivíduo e sua família, *que lhe preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar*. O texto, assim formulado, pode dar a idéia de que prevê, como obrigação estatal, uma casa para cada pessoa. Deste modo, todos que não têm residência nos moldes narrados pelo preceito estariam investidos no direito subjetivo de exigir da Administração Pública uma casa que atenda ao ditame. Con-

176, § 3º, II, da Carta de 1969, que dispunha: “o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais”. Conclui Barroso que o dispositivo estabelecia autêntico direito, conferia direito subjetivo, autorizando, por ilustração, em localidade sem escola pública, que o Poder Público fosse impingido a custear o ensino em escola privada. Sem embargo, sublinha que “este entendimento não seria minimamente pacífico.”¹⁰

Uma outra hipótese mencionada por Barroso que ilustra o problema. Na vigência da Carta de 1969, a Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, trouxe a previsão de que às pessoas portadoras de deficiência é assegurada a *educação especial e gratuita*.¹¹ A Constituição de 1988, no art. 208, III, estabeleceu “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferentemente na rede regular de ensino”. Segundo Barroso, se a norma da Carta de 1969 acarreta *uma incerteza grave* quanto à sua força normativa, se direito subjetivo em caráter positivo ou não, a leitura da Carta de 1988 não parece ensejar “dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado”.¹²

A distinção entre os dispositivos não parece ser, todavia, tão manifesta. O *caput* do art. 206 da atual Constituição fala em *dever do Estado*, enquanto a Emenda Constitucional nº 12/1978 diz ser *assegurado aos deficientes*. Não é ventilada, explicitamente, a palavra *direito* em qualquer dos preceitos. Por outro lado, a Carta de 1988, como já registrado, assevera que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, § 1º), espantando a menor incerteza. Porém, o mesmo não faz em relação à educação destinada às pessoas portadoras de deficiências, o que poderia dar oportunidade ao entendimento de que propositadamente pretendeu excluir o art. 208, III, desta caracterização, isto é, da classificação de direito subjetivo em feição positiva.

tudo, como se sabe, a Emenda Constitucional nº 26/2000 incluiu o direito à moradia no rol do art. 6º (Capítulo II – Dos Direitos Sociais). Voltar-se-á a esta hipótese adiante.

10 Idem, p. 110.

11 “Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante: I – educação especial e gratuita. [...]” Averba o Professor da UERJ: “Qual a posição jurídica do deficiente que não auferisse o benefício *assegurado* pela norma constitucional? Poderia exigí-lo ou deveria aspirar a que o Poder Público, em algum tempo não muito longínquo, viesse a satisfazê-lo?” Idem.

12 Idem, p. 111.

Todavia, esta não é a melhor inteligência. Entende-se que não é possível diferenciar o comando da Emenda Constitucional nº 12/1978 do art. 208, III, da Constituição de 1988 para afirmar que a primeira é norma programática e a segunda é norma definidora de direito. Ambas resultam em direito subjetivo de cobrar do Estado a prestação em causa.¹³

Em tese, como visto, a doutrina converge para o reconhecimento da eficácia hermenêutica e da eficácia negativa das normas de cunho programático.¹⁴

Não se avente, nesta esteira, de obrigação de agir derivada de norma programática.

Acontece, como registrado, que pode haver embaraço ou confusão na classificação de um preceito como programático ou definidor de direito. O exame da doutrina e da jurisprudência demonstra a existência de divergência acerca da qualidade de dispositivos normativos. Por exemplo, o art. 7º, IV da Constituição, que versa sobre o salário mínimo¹⁵ e que segundo muitos seria ilustração por excelência de norma programática, é, para Luís Roberto Barroso, norma definidora de direito.¹⁶ O art. 6º, da Lei Fundamental, costumeiramente qualificado como programático, deve ser considerado, segundo Clèmerson Clève,

13 Se, entretanto, há dúvida – e sustenta-se que não há –, existe em relação as duas normas, não exclusivamente no que tange àquela da Emenda à Carta de 1969.

14 BARROSO, Luís Roberto. Cit., p. 113-118. Na literatura portuguesa, por ex., MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ed. rev. atual. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 253-256. Na Espanha, MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Normas programáticas, estatutos y autonomía comunitária*. In: Revista de Derecho Político, n. 21, p. 7-30, 1984. Ainda na produção brasileira, entre outros, ATALIBA, Geraldo. *Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares*. In: Revista de Direito Público, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970, p. 41-44; RUSSOMANO, Rosah. *Das normas constitucionais programáticas*. In: As tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-286, 1976; DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116; TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25.

15 Art. 7º, IV: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]”

16 BARROSO, Luís Roberto. Cit., p. 154-156.

disposição de direito fundamental, não se podem entender que o comando é despido de eficácia imediata.¹⁷ Veicularia *direitos prestacionais originários*, direitos que “podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora.”¹⁸

3 POR QUE AS NORMAS PROGRAMÁTICAS NÃO TERIAM EFICÁCIA POSITIVA?

Conforme conceituação assentada, as normas programáticas são aquelas que determinam fins para o Estado e para a sociedade, configuram programas de ação, metas a cumprir, procurando conformar a realidade a postulados de justiça. São normas de apelo social, que perseguem objetivos prioritariamente concernentes aos direitos sociais, econômicos e culturais e posteriores. Segundo concepção corriqueira, visam, primordialmente, a comunidade ou o sujeito na sua dimensão coletiva, buscando corrigir as imperfeições ou desigualdades no intuito da melhoria da existência de cada um e de todos.

Mas, afinal, por qual motivo as normas programáticas não produziriam eficácia positiva? A resposta tradicional diz que tais dispositivos não ostentam densidade jurídica suficiente a ensejar direito subjetivo em dimensão positiva. Como são planos, metas a serem promovidas, obtidas, como são direcionadas ao governo, executivo e legislativo, deve-se resguardar a chamada *reserva de governo*, ou seja, o campo de liberdade para decidir quando e como atuar em favor da sua efetivação.

A eficácia positiva ficaria paralisada diante da elevada abstração ou vaguidade das normas programáticas. Ficaria obstada perante à noção de que tais normas não preveem meios, apenas fins, o que permitiria largo campo de apreciação livre sobre como propiciar o intento eleito. Ficaria impedida porque tais normas não determinam prazo para o cumprimento dos objetivos elencados, o que abri-

ria uma *liberdade de tempo* sem fronteiras, uma vez que o responsável poderia escolher promover ou efetivar a norma programática hoje, amanhã, daqui a meses ou daqui a anos. Ademais, como existem diversos programas concorrendo entre si, caberia exclusivamente ao administrador ou ao legislador determinar qual ou quais normas promover preferencialmente. Alega-se também que, defender o contrário, defender a eficácia positiva dos preceitos programáticos seria enveredar por caminho antidemocrático tendo em vista que importaria em judicializar a vida, asfixiando o governo em favor do judiciário. Seriam, portanto, *normas* mais próximas da *política* do que do *jurídico*.

Os argumentos inventariados podem ser batidos.

Primeiramente, a afirmativa de que as normas programáticas são vagas espelha uma verdade em termos. A fluidez tem mais sentido quando a norma é considerada em abstrato, pois, diante de uma hipótese particular, a normatividade se densifica, ganhando em concretude. Diga-se que o mesmo acontece com as normas definidoras de direitos, a exemplo do direito à liberdade de expressão. A abstração da norma em tese não tem o condão de afastar a sua eficácia, inclusive positiva, diante de um caso em especial, de uma dada circunstância fática.

Como antes anotado, o fato de a normatividade programática não dispor explicitamente sobre os meios a serem empregados, o que não acontece com todas as normas deste teor, não significa que não haja conformação normativa dos meios, não significa que qualquer meio possa ser utilizado. Ora, o mesmo se dá com as normas definidoras de direitos: é normal que não haja previsão normativa expressa sobre os meios a serem adotados para garantir os direitos. Por outras palavras: o fato de a norma não prever explícita ou taxativamente os meios não significa que a decisão acerca dos meios é plenamente livre e, portanto, não passível questionamento jurídico seja para anulação ou para reivindicação.¹⁹

Não é procedente também a assertiva de que a norma programática é um comando postergado indefinidamente no tempo, ficando a critério do governante enveredar esforços para realizá-la agora ou em 100 anos. É evidente que há um lastro temporal necessário para que a disposição

¹⁹ Pode mesmo ocorrer que em uma mesma ação judicial se requeira a declaração de ilegalidade de um meio utilizado e a adoção de outro. Por ex., em função dos subprincípios do princípio da razoabilidade: adequação, necessidade e proporcionalidade.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. In: *Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, n. 22, p. 17-29, 2003, p. 22.

¹⁸ “Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário.” Idem, p. 23-24.

programática encontre lugar na realidade ou mesmo comece a trilhar o caminho para este lugar. E que é razoável considerar que há uma *liberdade política* (que não deixa de ser igualmente jurídica) quanto a tal definição. O que não é razoável é concluir que toda demora é aceitável, que o tempo não tem medida, que o relógio que importa é apenas o do governo, que o *quando* é deliberação exclusiva do administrador ou do legislador. Daí a importância de definir um *prazo razoável* para a tomada das providências reclamadas pela programaticidade, após o qual se configura um estado de inconstitucionalidade por omissão.

A existência de diversas normas programáticas concorrendo entre si também não é razão suficiente para negar a elas eficácia positiva. Mais uma vez, o mesmo ocorre com as normas que definem direitos: um direito disputa com o outro, daí o sopesamento ou a ponderação. O que se espera é o estabelecimento de uma escala de prioridades, a argumentação consistente de que um programa/direito deve prevalecer frente a outro programa/direito. Esta escala ou prevalência não estão entregues ao alvedrio do agente, sujeitas simplesmente à sua consciência. Possuem balizas jurídicas, parâmetros hermenêuticos, critérios objetiváveis.

Por fim, atrelar o reconhecimento da eficácia positiva das normas programáticas ao ativismo judicial, embora tenha uma razão de cogitação, é impróprio. O ativismo, consoante se materializa no Brasil, independe das normas programáticas. Sem dúvida, boa parte dos julgados que traduzem gigantismo do judiciário não se deu tendo por base normas programáticas. O ativismo judicial, entendido como juristocracia, é uma deformação que não se liga necessariamente à programaticidade, encontrando lugar inclusive em países que não possuem Constituição Programática. Conquanto haja um risco de ativismo judicial a partir da afirmação da eficácia positiva das normas programáticas, o que se quer é o equilíbrio, sendo certo que assegurar direito subjetivo em feição positiva com finco em norma programática não é, por si, expressão de *governo dos juízes*.

Por fim, afirmar a eficácia positiva das normas programáticas é, antes propriamente de uma inovação teórica exposta por este estudo, o reconhecimento do que já vem acontecendo há tempos e muitas vezes com aplausos consensuais. Não é outro o tema do *controle judicial de políticas públicas*. O que falta é dar o nome à coisa. Confirmam-se a seguir as ilustrações.

4 A EFICÁCIA POSITIVA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A problemática da eficácia das normas programáticas é revelada pela dificuldade e dissonância na classificação de disposições jurídicas conforme a tipologia *norma definidora de direito e norma programática*. A complexidade do assunto está também no seguinte ponto: se as normas programáticas são tidas como de eficácia limitada, as normas definidoras de direito podem ter também a eficácia dependente de regulamentação legislativa. Assim, seja de que grupo for, a norma não produziria, por si, qualquer eficácia positiva.

Pense-se no art. 203, V, que estabelece “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. A meu ver, trata-se de norma que define direito. Porém, José Afonso da Silva discorda, classificando o preceito como programático.²⁰ Não tenho dúvida em afirmar o cabimento de, frente à inércia legislativa, obter em juízo o direito de receber o salário mínimo. Caberia mandado de injunção uma vez que se pode caracterizar omissão inconstitucional. Deve-se afastar a interpretação de que o dispositivo é norma de eficácia limitada.

Nesta linha, a 17ª Vara Federal de São Paulo, em julgado de 2 de junho de 1999, deliberando favoravelmente ao autor, condenou o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com finco no art. 203, V, da Constituição, ao pagamento do benefício previsto. O autor, “deficiente mental, portador de debilidade permanente e completa, sem possibilidade de desenvolver qualquer tipo de atividade e sem possibilidade de ter seu sustento provido por seus pais”. A sentença declarou ser o art. 203, V, norma definidora de direito: “A norma conferidora do direito em questão, não obstante a expressão ‘conforme dispuser a lei’, é auto-aplicável [...] não necessitando, portanto, de regulamentação para seu pronto exercício”. Em outro trecho: “Não poderia o autor esperar indefinidamente pela elaboração de uma lei que regulasse um direito constitucionalmente previsto, embora não seja este o caso, pois a lei e o decreto regulamentador foram publicados em 1993 e

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. 3.tir. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84.

1995, respectivamente (sete anos, portanto, após a promulgação da CF). Não seria razoável que o autor, portador de deficiência mental e desprovido de meios para viver, esperasse sete anos para receber um direito previsto constitucionalmente.” A sentença determinou o adimplemento da prestação, o pagamento de um salário mínimo, desde a data da promulgação da Carta Magna.²¹

Identifica-se uma tendência segundo a qual normas antes tidas por programáticas passaram, em tempos mais modernos, a serem consideradas definidoras de direitos: isto para o efeito de admitir direito subjetivo em feição positiva. A despeito disto, normas constitucionais que envergam direitos sociais e econômicos – campo onde se deu e dá a contenda classificatória –, as quais seriam tipicamente normas definidoras de direitos, são qualificadas por Eros Roberto Grau, Ex-Ministro do STF e Professor Titular da Universidade de São Paulo (USP), como programáticas, devendo “ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do executivo e do Judiciário.”²²

A problemática classificatória está também na associação entre direitos fundamentais de 1ª geração e normas programáticas. Por exemplo, a estipulação de que o “Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, *caput*, CRFB) ou a de que o “Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho” (art. 218, § 3º, CRFB), tipicamente programáticas, são afinadas ou determinantes para o exercício da liberdade científica (art. 5º, IX, CRFB), norma definidora de direito. A conjugação entre as duas espécies normativas pode levar a eventual reconhecimento de eficácia positiva de norma programática no espírito de garantir o exercício de norma definidora de direito.

Veja-se outra hipótese. A efetividade da liberdade de ir e vir (art. 5º XV, CRFB) em conjugação com a segurança pública (art. 144, *caput*, CRFB). O art. 144 é, por muitos, classificado como programático: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio,

²¹ Processo nº 930022137-0.

²² GRAU, Eros Roberto. *A Constituição brasileira e as normas programáticas*. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, p. 40-47, jan./jun. 1985, p. 43.

através dos seguintes órgãos: [...]” A despeito de que o Estado não está obrigado a garantir sempre a segurança do cidadão, em qualquer hora, em qualquer lugar, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que, presentes certas circunstâncias, é possível obter do Estado uma indenização pela violência sofrida, o que traduz responsabilidade por omissão, a qual não seria viável segundo a compreensão clássica das normas programáticas.

Repare-se no art. 5º, VII, da Lei Maior: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. É cabível reivindicar da Administração Pública a prestação de assistência religiosa, em que pese a inexistência da legislação prevista? Direito subjetivo público em versão positiva? A questão se liga à liberdade religiosa (art. 5º, VI, CRFB), norma definidora de direito. Ressalte-se que a tarefa do Poder Público pode ser vista sob dois ângulos: 1º) o dever do próprio Estado de prestar a assistência religiosa; 2º) o dever do Estado de não impedir a prestação de assistência religiosa por pessoas físicas ou pessoas jurídicas privadas.

Ótima ilustração desta complexidade é dada pelo art. 196 da Constituição, direito à saúde, em três momentos.

No primeiro momento, o dispositivo foi considerado, por muitos e não por todos, como *meramente programático*, isto é, sem a força de propiciar que se exigisse do Estado uma prestação positiva. Assim, lavrou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão emblemática:

Normas constitucionais meramente programáticas – *ad exemplum*, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação [...] eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, “ou não dispõem de eficácia plena [...]”²³

²³ E mais à frente: “Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em *vinculum iuris* gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’.

Em viés oposto, firmou-se o dever do Estado de fornecer medicamentos para os necessitados, registrando-se, porém, a *desimportância* de se qualificar a norma como programática ou de eficácia imediata. Confira-se julgado basilar do STJ:

É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

[...]

Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, norma programática ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196).²⁴

De outro lado, conquanto permanente a compreensão de que a norma é programática, veio-se a reconhecer a viabilidade de cobrar do Poder Público comportamentos a fim de atender ao comando. Veja-se acórdão paradigmático do Supremo Tribunal Federal:

Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Poder Público [...]

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional

No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer em desvio de verbas.” Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6564-RS. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Data da Publicação: 17 de junho de 1996. Na mesma linha, tb. Recurso Especial nº 57614-RS. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Data da Publicação: 1º de julho de 1996.

²⁴ E na sequência: “Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. [...] Não se pode apegar, de forma rígida, à letra da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.” Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.183-PR. Relator Ministro José Delgado. Data da Publicação: 4 de setembro de 2000. Contudo, cumpre anotar que o STF, em julgamento anterior, declarou ostentar o art. 196 eficácia imediata. Cf. Agravo de Instrumento nº 238.328-RS. Relator Ministro Marco Aurélio. Data da Publicação: 11 de maio de 1999.

inconseqüente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²⁵

Diferentemente do que afirmou o STJ, importa sim saber se o art. 196 é definidor de direito ou programático. Não se pode sair pela tangente com a afirmativa de que o relevante é que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Sim, mas em que termos? Com qual eficácia jurídica? Dizer que o essencial é salvar a vida ou promover a saúde independente da qualificação da norma em causa é amesquinhar a dogmática jurídica, que, no limite, não seria capaz de dar qualquer resposta bastante. E, neste diapasão, deveríamos parar de ensinar que existem estas duas modalidades normativas: norma definidora de direito e norma programática. Em sendo assim, talvez possamos resolver todos os problemas apenas invocando a dignidade humana. Definitivamente, não.

O trato pouco cuidadoso das categorias leva a uma confusão de conceitos. Ao cabo, foge da discussão do problema. A jurisprudência chega, pois, a declarar que norma programática possui eficácia plena e produz direito subjetivo em versão positiva. Todavia, esta compreensão é rejeitada em muitos outros julgados e contraria o entendimento doutrinário clássico. A falta do enfrentamento diligente da matéria, sem esquivas ou subterfúgios, enseja, desta feita, insegurança e deixa em aberto o tema nuclear, ou seja, qual a natureza da norma e quais resultados são derivados desta condição.

Ora, a compreensão amplamente difundida é a de que as normas programáticas são normas de eficácia limitada, dependendo, pois, da mediação legislativa para a geração de efeitos.²⁶ Entretanto, inclusive de acordo com a concepção predominante, esta assertiva não pode ser concebida sem retoques, já que a eficácia interpretativa e a

²⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286-RS. Relator Ministro Celso de Mello. Data da Publicação: 24 de novembro de 2000.

²⁶ Por todos, SILVA, José Afonso da. Cit., p. 135 e ss., p. 139, por ex.

eficácia negativa dispensam a *interpositio legislatoris*.²⁷ A ser exato, a eficácia limitada é referente à eficácia positiva: direito subjetivo, nesta feição, somente após o surgimento da integração ou regulamentação do legislador ordinário.

Ocorre, muito embora, que, segundo o entendimento comum, conforme já registrado, o legislador não tem o dever (*stricto sensu*) de normatizar, isto é, não é cabível consolidar omissão inconstitucional com alicerce em norma programática. Não haveria obrigação de normatizar, porquanto as normas programáticas apenas levariam a um *dever geral de legislar*. Melhor dizendo: não haveria dever algum de legislar. Esta posição é tributária do pensamento de que as providências, notadamente as positivas, delineadas pelas normas programáticas estão submetidas ao *juízo discricionário* do agente público, que, em função da conveniência e da oportunidade, escolhe – *livremente* – fazer ou não fazer e de que maneira, o que excluiria o controle e a atividade jurisdicional no intuito da concretização. Em suma e em especial: ninguém está obrigado a agir com base em norma programática. Não há, nesta acepção, dever jurídico, sim *indicações, recomendações*, a serem seguidas consoante a *escolha* ou a *discricionariedade* do legislador.

A questão é curiosa. Ao mesmo tempo que as normas programáticas dependem da legislação infraconstitucional, integradora, para a produção de efeitos, haja vista que qualificadas como de eficácia limitada, é impossível exigir o advento da normatização regulamentadora, já que não se admite o dever de legislar, o que denota uma circularidade. Conquanto haja tal circularidade, com ares de paradoxo, não é razoável imaginar que todas as previsões constitucionais são conduzíveis ao judiciário, pois há uma autonomia entre os poderes, que vem a dar o tom da independência que deve haver entre eles.²⁸

Em posição que revê a teoria tradicional, Luís Roberto Barroso sustenta que é possível visualizar inconstitucionalidade por omissão no que tange às normas programáticas quando em

27 Cf., por ex., Luís Roberto Barroso, que biparte os efeitos destas normas em *imediatos e diferidos*. Cit., p. 116 e 117.

28 Em sentido contrário, Eros Grau: “o Poder Judiciário deve suprir, no caso, a omissão do Legislativo, dando atendimento aos preceitos constitucionais da espécie, mesmo porque – é óbvio – pretender que um direito inscrito no texto constitucional só opere efeitos após a superveniência de lei ordinária é subverter a hierarquia das normas jurídicas, conferindo-se à lei força maior do que a atribuída à Constituição.” GRAU, Eros Roberto. Cit., p. 44, 46, 47.

causa o *mínimo existencial*.²⁹ O referencial do *mínimo existencial* serve, então, de balizamento para extrair eficácia positiva (obrigação de legislar, prestações administrativas) de norma programática. Todavia, a obrigação de agir, fruto da normatividade programática, não está circunscrita ao mínimo existencial, o qual vem a ser uma referência, não a única e nem, invariavelmente, a mais segura ou densificada.

Sem embargo, calha salientar que mesmo a eficácia negativa, tal como muitas vezes propugnada, é bastante tênue, porque ancorada na ideia de *decisão discricionária*. A fluidez das normas programáticas ensejaria uma incerteza que obstaria a aferição jurisdicional. O raciocínio da violação de norma programática pela ação do Estado (lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional) esbarriaria, consoante a leitura costumeira, na inconclusividade ou na vagueza de tais preceitos, enfim, na baixa força normativa de referidos comandos.

O que se defende aqui é que uma norma programática pode gerar eficácia positiva ou não. A configuração desta eficácia depende da circunstância jurídica/fática da hipótese. Como qualquer dispositivo jurídico, existem normas programáticas mais vinculantes e normas programáticas menos vinculantes.

Vejam os mais alguns exemplos. A função social da propriedade, art. 5º, XXIII; art. 170, III; da Constituição, é classificada como norma programática.³⁰ Todavia, a teoria contemporânea vem reconhecendo eficácia positiva com fulcro na função social da propriedade.³¹ Observe-se o art. 217, *caput*, da Carta, que estabelece, como dever do Estado, o fomento de práticas desportivas. Imagine-se que, diante da realização de uma competição internacional de vôlei, com seleções de vários países, a prefeitura não responda ao requerimento de utilização do estádio municipal, exatamente o maior e mais bem equipado da região, permanecendo, assim, inerte, sem qualquer justificativa.

29 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34, 35. Tb. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43, 175-178.

30 Cf., por todos, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, cit., p. 114.

31 Para ficar com Eros Grau: “a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer*”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259.

Seria cabível, com alicerce na norma constitucional aludida, exigir a disponibilização da arena esportiva? Não tenho dúvida em afirmar que sim. Reitere-se que a omissão é uma forma de afrontar as estipulações normativas, guardando proximidade com a prática de um ato agressor – na hipótese, a decisão de veto do uso do ginásio –, violando a eficácia negativa. Sempre que cabível, não basta nulificar a atitude ou declarar a omissão, porque imperioso exigir o exercício da obrigação devida.

O art. 23, IX, da Lei Maior, típica norma programática, conforme a perspectiva teórica assentada, prescreve ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, promover a melhoria das condições de saneamento básico. Segundo a posição tradicional, não seria cabível exigir do Estado qualquer providência no sentido da implementação da norma. Todavia, parece perfeitamente possível empregar a via judicial para compelir o Poder Público a adotar medidas, planos, a fim de, em prazo razoável e tendo em conta a disponibilidade de recursos, expandir, otimizar ou universalizar o saneamento básico.³²

Veja-se o art. 225, § 1º, VII, da Constituição. O dispositivo prevê que incumbe ao Poder Público: “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” A eficácia negativa permite a declaração de inconstitucionalidade das vaquejadas, rodeios, circos com animais, entre outras práticas nefastas. Inclui a inconstitucionalidade da Lei nº 11.794/08, chamada *Lei Arouca*, que estabelece *procedimentos para uso científico de animais*, disciplinando, conforme termos da própria lei, atos que ocasionam *dor, angústia e intensos sofrimentos* aos animais, isto é, crueldade, afrontando, pois, a Constituição. Ademais, a eficácia positiva permite que se reivindique do Poder Público providências para evitar que os animais sejam submetidos a condições cruéis, degradantes, como assistência a animais que vivem nas ruas, criação de áreas protegidas, etc.

Voltemos ao art. 6º da Constituição, nomeadamente à previsão do direito à moradia. O direito à moradia não seria, para muitos, propriamente um direito, ao menos não com eficácia jurídica positiva. O que se costuma dizer é que não é razoável pensar que o Estado tem o dever de garantir uma casa para cada pessoa, mesmo para aquelas em situação de pobreza. Sem embargo, é razoável afirmar que o Poder Público tem obri-

gação de disponibilizar abrigos para pessoas que não dispõem de moradia, abrigos que devem ter condições mínimas de acolhimento, embora sejam estabelecimentos coletivos. E isto é eficácia positiva do comando constitucional.

Outro dispositivo tipicamente programático é o § 2º do art. 227 da Constituição, que estabelece: “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.” Após a passagem de um prazo razoável é possível configurar omissão inconstitucional e, em algumas hipóteses, o judiciário pode determinar a adoção de medidas adaptativas a fim de garantir o acesso às pessoas portadoras de necessidades especiais.

Os exemplos listados mostram que de duas uma: 1) ou o que muitas vezes se chama de norma programática não o é em razão da produção de eficácia positiva; 2) ou normas programáticas podem gerar obrigação de agir, direito subjetivo de exigir prestação positiva. Tendo em vista que muitas vezes não é possível pôr em dúvida o caráter programático da norma, a segunda alternativa é correta. Norma programática pode ter eficácia positiva. E isto já vem sendo admitido pela jurisprudência e por parcela da doutrina, embora não raras vezes de maneira confusa ou pouco sistemática. O que falta realmente é dar o nome a coisa: norma programática também pode manifestar eficácia em feição positiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eficácia positiva é, afinal, o que falta às normas programáticas para que sejam, verdadeiramente, normas como as outras.

As normas programáticas nem sempre ensejam discricionariedade na sua interpretação/aplicação. Perante a especificidade de uma hipótese concreta, pode acontecer que a normatividade programática implique uma única medida devida, ou seja, em vinculação.

Reitere-se que a posição que se espousa não traduz a pretensão de que o judiciário esteja, invariavelmente, habilitado a resolver os problemas afeitos às normas programáticas, de que, em todo caso, é viável determinar qual ou quais são as providências exigidas, de que não há uma margem, por vezes ampla, para o agente público decidir.

³² Neste sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. Cit., p. 23.

Nem tudo pode ser resolvido pela via judicial. Sem embargo, esta não é uma particularidade das normas programáticas.

A eficácia positiva das normas programáticas pode se expressar de três modos genéricos: 1º) a cobrança de que o Estado adote os comportamentos preconizados, seja de maneira ampla ou específica, mais genericamente ou mais detalhadamente, sem que o judiciário venha a implementar qualquer medida, apenas noticiando ou chamando o responsável ao seu dever de ofício, o que expõe, além do mais, a desídia à opinião pública; 2º) a consecução direta, via decisão jurisdicional, do requerido normativamente quando o legislador e/ou o administrador sigam inertes ou tenham efetuado suas obrigações de maneira falha ou insuficiente; 3º) os particulares também estão sujeitos às normas programáticas, podendo-se exigir deles, pessoas físicas ou jurídicas, um agir em respeito aos comandos jurídicos.

A eficácia positiva das normas programáticas não é panacéia, não significa a ilusão de resolver, pela via judicial, todos os males, pois que o legislador e o administrador possuem uma instância própria de juízo, de avaliação, tendo em vista que o juiz não é capacitado para o exercício de todas as tarefas que a Constituição atribui primordialmente ao legislador e/ou ao administrador. Repita-se: nem toda inconstitucionalidade pode ser resolvida pela via judicial.

Nada obstante, a negativa indiscriminada da eficácia positiva das normas programáticas leva ao extremo oposto: impede a reivindicação de comportamentos positivos em muitas hipóteses viáveis. Essa rejeição, calcada em visão que não se coaduna com o postulado da máxima efetividade, esmaece a força vinculante das normas programáticas. As normas programáticas restariam denegridas a veículos de *direitos sem garantias*, isto é, sem mecanismos de cobrança.

O reconhecimento da eficácia positiva das normas programáticas, ainda que não usual, significa admitir uma dimensão natural a todas as normas, afastando de vez a noção de que tal espécie normativa seria um *aleluia jurídico* (Canotilho).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, Geraldo. *Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares*. In: Revista de Direito Público, n. 13, p. 35-44, jul./set. 1970.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. In: Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, n. 22, p. 17-29, 2003.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituição brasileira e as normas programáticas*. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, p. 40-47, jan./jun. 1985.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4.ed. rev. atual. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 3.ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1955.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. *Normas programáticas, estatutos y autonomía comunitária*. In: Revista de Derecho Político, n. 21, p. 7-30, 1984.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- RUSSOMANO, Rosah. *Das normas constitucionais programáticas*. In: As tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro: Forense, p. 267-286, 1976.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. 3.tir. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Positive effects of programmatic norms

ABSTRACT

This text deals with the possibility of the recognition that effectiveness of programmatic norms can be positive, which is a theory that is traditionally rejected. However, I understand that it is possible that these norms can have positive effectiveness, and that this is actually already happening, what we need is a revision of our current way of thinking on this subject.

Keywords: Programmatic norm. Legal effect. Positive effect.

Recebido em: agosto/2015.

Aprovado em: agosto/2015.