

26. NORMAS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

PROGRAMMATIC NORMS AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Marcello Filgueira¹
Cláudia Toledo²

Resumo

Este artigo discorre sobre a eficácia das normas programáticas, tema relacionado com estudos desenvolvidos no projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG, intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*, o qual possui dois anos de duração e se encontra no seu último semestre de desenvolvimento. Uma das temáticas mais envolvidas com a questão de judicialização (e de ativismo judicial) são os direitos fundamentais sociais, direitos subjetivos constitucionais à prestação positiva fática do Estado, cuja demanda judicial tem sido crescente no Brasil (e em grande parte do mundo). Verificou-se que, embora a exigibilidade imediata desses direitos seja entendimento atualmente majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é também recorrente, em ambas as fontes do Direito, a afirmação de que as normas que os declaram possuem “natureza programática”. Entretanto, normas programáticas são consideradas como não vinculantes por grande parte dos autores. Mediante análise bibliográfica lógico-dedutiva, o artigo busca clarear o conceito e os efeitos atribuídos às normas programáticas pela doutrina brasileira, verificando se é possível que direitos fundamentais sociais sejam por esse tipo de normas declarados.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais sociais; Normas programáticas; Direitos subjetivos a prestações positivas.

Abstract

This article deals with the efficacy of programmatic norms, which is an issue related to the studies developed in the research project Demanda Universal/FAPEMIG, intitled Judicialization of Politics and Politicization of Judiciary. This is a two-year project and it is currently in its last semester. One of the themes most involved with the issue judicialization (and judicial activism) are fundamental social rights, constitutional subjective rights to positive factual provision of the State, whose judicial demand has been growing in Brazil (as well as in many other countries). It was found that, although the immediate enforceability of these rights is currently a majority understanding in both doctrine and case law, the claim that the norms that declare fundamental social rights have a programmatic nature is also recurrent. However, programmatic norms are considered not binding by several authors. Thus, by means of logic-deductive analysis on the bibliography reviewed at the mentioned research project, this article seeks to clarify the concept and the effects assigned to the programmatic norms by Brazilian doctrine, in order to verify if it is possible that the fundamental social rights are declared by them.

Key-Words: Fundamental social rights; Programmatic norms; Subjective rights to positive

¹ Aluno do curso de graduação em Direito – UFJF.

² Professora associada da Faculdade de Direito – UFJF. Coordenadora do projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG – *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*.

provisions

1. Introdução

O presente artigo apresenta algumas teses sobre a natureza das normas que declaram direitos fundamentais sociais, verificando se elas podem ser classificadas como normas programáticas. Essa investigação integra o projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*, que possui dois anos de duração e se encontra em curso, no seu último semestre. No referido projeto, busca-se verificar a procedência das reiteradas críticas de ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização da política lançadas ao poder judiciário no cenário brasileiro.

A demanda judicial de *direitos fundamentais sociais* (dentre os quais, em especial, o direito ao mínimo existencial) e o controle judicial de políticas públicas que os envolvem são temas paradigmáticos para o levantamento de tais críticas. Assim, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre questões envolvidas com a temática, seguida de pesquisa empírica (em andamento), com a investigação do tratamento destinado ao direito fundamental social ao mínimo existencial pelo poder judiciário brasileiro, em nível tanto constitucional (decisões do Supremo Tribunal Federal), quanto infraconstitucional (um Tribunal de Justiça de cada uma das cinco regiões brasileiras).

Embora, até o momento, tenha-se constatado que, na maioria das decisões analisadas, o direito ao mínimo existencial pleiteado é deferido mediante sentenças condenatórias ao poder executivo, ordenando-se seu imediato cumprimento, é recorrente nessas decisões a afirmação de que as normas declaradoras de direitos fundamentais sociais apresentam natureza programática. Ocorre que é também recorrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, a concepção de que normas programáticas não são vinculantes. Clara fica, portanto, a contradição entre o caráter vinculante atribuído ao direito fundamental social pela sentença condenatória e a consideração, pela mesma sentença, de que tal direito é declarado por norma não vinculante.

Neste artigo, visa-se a solucionar a aparente contradição, apresentando-se a definição de norma programática que se entende como mais acertada, após as pesquisas bibliográfica e empírica realizadas. Foram estabelecidos quadros comparativos entre diferentes conceitos de normas programáticas atribuídos pela doutrina nacional e internacional. O objetivo desta pesquisa foi verificar (i) a natureza das normas declaradoras de direitos fundamentais sociais e (ii) a possibilidade ou não de tais direitos serem positivados por normas programáticas.

Desse modo, a pergunta central que este artigo busca responder é: *qual o conceito e efeitos das normas programáticas?* A hipótese da pesquisa foi de que as *normas programáticas são normas que apontam diretrizes e programas a serem cumpridos pelo poder executivo e não geram direitos subjetivos, situação que as impossibilita de veicular direitos fundamentais sociais.*

Utilizou-se, como marco teórico, o pensamento de Robert Alexy e Ingo Sarlet, respectivamente nas obras *Teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2017) e *A eficácia dos direitos fundamentais* (SARLET, 2018).

2. Conceitos básicos para análise

Nesta seção, delimita-se a conceituação básica sobre termos que serão utilizados no decorrer do artigo, buscando rigor científico e terminológico, garantindo-se a inteligibilidade do discurso elaborado.

Normas “são a expressão lógica do sentido da conduta humana para a realização de determinado valor tornado fim” (TOLEDO, 2003, p. 26, nota 07). Normas jurídicas são normas

dotadas de juridicidade, característica que se verifica através do reconhecimento de “quatro categorias próprias do fenômeno jurídico: bilateralidade atributiva, exigibilidade, irresistibilidade e universalidade formal e material” (TOLEDO, 2003, p. 14).

Entretanto, norma não se confunde com enunciado normativo, o qual corresponde à *forma linguística* que expressa uma norma, enquanto, “uma norma é [...] o significado de um enunciado normativo” (ALEXY, 2017, p. 53-54).

Uma mesma norma pode ser expressa por enunciados normativos diferentes. Por exemplo, a mesma norma que proíbe matar alguém, com pena de seis a vinte anos de reclusão, pode ser expressa, ilustrativamente, pelos seguintes enunciados normativos:

(a) Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Ou

(b) Quem causar a morte de alguém será punido com pena de seis a vinte anos de reclusão.

Dessa forma, um enunciado normativo corresponde ao texto (significante) que veicula a norma, enquanto a norma corresponde à interpretação do enunciado (significado).

Em sequência, pode-se analisar a norma jurídica sob diversos prismas: existência, validade, vigência, eficácia, aplicabilidade, efetividade, dentre outros.

Por existência, entende-se a “característica pela qual a norma contém seus elementos constitutivos básicos” (agente, forma e objeto) (BARROSO, 2001, p. 82).

Na esteira do mesmo autor, por validade entende-se o preenchimento, pela norma, dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para ser considerada como perfeita (requisitos esses que são competência, adequação da forma, licitude e possibilidade do objeto). Validade diferencia-se de existência, pois a norma pode ser inválida por não ter seguido os trâmites legislativos corretos, mas, ainda sim, ter existência (BARROSO, 2001, p. 82).

Já vigência constitui o critério temporal para eficácia da norma, “no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada” (J.A. SILVA, 2015, p. 51).

Uma norma existente, válida e vigente terá, como toda norma jurídica, eficácia, que corresponde à capacidade, em abstrato, de a norma gerar efeitos jurídicos (os quais são de diversos tipos). Eficácia não se confunde com aplicabilidade, que é a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos no caso concreto. O fato de uma norma não ser aplicável em um caso concreto não significa que ela não tenha eficácia. Essa situação frequentemente acontece na ponderação de princípios colidentes (V.A. SILVA, em SARLET, 2018, p. 245-246). Também não se confunde com efetividade (ou efetivação), que é a adequação da conduta fática, no mundo real, ao comando dado pela norma jurídica.

Esses três conceitos – eficácia, aplicabilidade, efetividade –, apesar de serem muito conexos e tratarem dos efeitos jurídicos da norma, fazem-no sob prismas diferentes (SARLET, 2018, p. 246). A eficácia situa-se estritamente no campo do dever-ser; a aplicabilidade antepõe o dever-ser em face do ser; e a efetividade representa a análise do ser em face do dever-ser.

Visando a constatar se é possível que normas programáticas estipulem direitos fundamentais sociais, realiza-se a conexão, com base na noção de eficácia, entre normas jurídicas e direitos fundamentais. Sendo eficácia a capacidade, em abstrato, de a norma jurídica gerar efeitos jurídicos, Ingo Wolfgang Sarlet explica que são reconhecidos aos direitos fundamentais dois grandes tipos de efeitos: os de dimensão objetiva, efeitos que se “irradiam em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes [de atuação] para órgãos legislativos, judiciários e executivos”; e os de dimensão subjetiva, que atribuem ao titular do direito subjetivo “a possibilidade de impor seus interesses juridicamente tutelados” (SARLET, 2018, p. 158). Essa divisão é de caráter estritamente funcional, que analisa o tipo de efeito gerado por essas normas, e não o seu conteúdo material.

Quanto ao conceito e classificação dos direitos fundamentais, da síntese entre as teorias de Robert Alexy (2017, p. 203) e de Sarlet (2018, p. 174-214), extrai-se que os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos de defesa ou direitos a ações negativas, conceituados como direitos que impõem uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos; e direitos a prestações ou direitos a ações positivas, que impõem deveres de ação ao Estado. Os direitos a prestações, por sua vez, são divididos em direitos a prestações normativas ou direitos a prestações em sentido amplo, os quais determinam a regulamentação jurídica de uma matéria, e direitos a prestações fáticas ou direitos à prestação em sentido estrito, que determinam uma ação positiva material.

3. A construção histórica conceito de *normas programáticas*

Nesta seção se procederá à análise dos conceitos de “normas programáticas” inseridos nas diversas classificações produzidas ou influentes no Direito brasileiro. Busca-se analisar quais critérios são utilizados pela doutrina para caracterizar os elementos básicos constitutivos das referidas normas. A análise relativa aos efeitos concedidos às normas programáticas será feita no item 4 deste artigo.

De início, as concepções clássicas sobre o tema podem ser denominadas de “doutrina norte-americana”, que corresponde à doutrina produzida sob influência de Tucker e Cooley (MEIRELES, 2008, p. 263). É Ruy Barbosa quem recepciona o pensamento de tais autores, trazendo para o direito brasileiro a distinção de dois tipos de normas constitucionais: as *autoexecutáveis ou autoaplicáveis (self-executing)*, que estão aptas a gerar efeitos independentemente de atuação do legislador, com conteúdo já determinado; e as *não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis (non self-executing)*, que, por não terem conteúdo determinado, dependem de atuação do legislador para gerar efeitos. A divisão poderia ser avaliada a partir da análise de a quem o texto constitucional se dirige: aos tribunais ou aos legisladores? (SARLET, 2018, p. 251).

A doutrina norte-americana sofre duas principais objeções. Por um lado, é criticada a noção de que, nas normas autoaplicáveis, todos os efeitos dessas normas jurídicas se encerrem com a leitura da literalidade dos seus enunciados, já que haveria outros efeitos para além da exegese literal do enunciado normativo. Por outro lado, críticas são endereçadas à total falta de eficácia das normas não autoaplicáveis até interposição legislativa. Por esse entendimento, essas últimas não poderiam ser consideradas jurídicas, pois não gerariam efeito algum (MEIRELES TEIXEIRA, em SARLET, 2018, p. 253).

A doutrina de Ruy Barbosa entra, neste ponto, em contradição. Ao mesmo tempo que sua classificação leva à não juridicidade das normas não autoaplicáveis por não produzirem consequências jurídicas até ulterior regulamentação pelo legislador, o autor também afirma que não existem normas constitucionais destituídas de eficácia e juridicidade (J.A. SILVA, 2015, p. 75).

Como salienta José Afonso da Silva, “toda norma constitucional é executável por si mesma até onde seja possível sua execução” (J.A. SILVA, 2015, p. 75). Condicionar a manifestação de qualquer eficácia de uma norma constitucional à existência de lei é inverter a lógica sistêmica do ordenamento jurídico, que é interpretado a partir da Constituição, e não o contrário.

A partir da década de 1950, a doutrina norte-americana, até então majoritária no Brasil, perde espaço para a doutrina italiana, que já se desenvolve no bojo de uma nova realidade constitucional, de Constituições dirigentes, densas e recheadas de princípios relacionados com direitos fundamentais sociais, que até então estavam usualmente apenas na esfera política, não assumindo dimensão jurídica.

Na Itália, com a Constituição de 1948, nasce a Corte Constitucional do país e,

concomitantemente, surge intenso debate doutrinário sobre a natureza dos dispositivos na Constituição que garantem direitos fundamentais sociais. Duas correntes adotam a expressão “normas programáticas”, mas divergem quanto aos efeitos por elas gerados. A primeira corrente, influenciada pela doutrina norte-americana, em que se destaca Gaetano Azzariti, diferencia as normas preceptivas (obrigatórias, de aplicabilidade direta, mediata ou imediata) das normas diretivas ou programáticas (caracterizadas como meros conselhos, preceitos dirigidos aos legisladores, não revogando leis preexistentes, nem mesmo impedindo a edição de novas leis a elas contrárias). Já a segunda corrente, em que se destaca Vezio Crisafulli, critica a imprecisão terminológica desta classificação, ao destacar que todas as normas constitucionais são jurídicas, inclusive as programáticas, as quais teriam eficácia imediata, revogando normas anteriores e posteriores em contrário (MEIRELES, 2008, p. 267-268; J. A. SILVA, 2015, p. 77). Crisafulli define as normas programáticas como

normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades (J.A. SILVA, 2015, p.135).

Portanto, é na doutrina italiana que a expressão terminológica “normas programáticas” surge, sendo, na primeira corrente, sinônimo de “normas não autoaplicáveis” da doutrina norte-americana, ligadas à ausência de eficácia jurídica. Posteriormente, diante do intenso debate instalado, surge, com o pensamento de Crisafulli, uma segunda corrente italiana, que se torna majoritária. Essa corrente inova em dois principais pontos: (i) atribuição de juridicidade e eficácia imediata às normas programáticas e (ii) associação da noção de “programas” ao conteúdo dessas normas, por veicularem “fins, tarefas e objetivos”, a despeito da manutenção da ideia de sua baixa densidade normativa, já presente no conceito de normas *non self-executing*³.

O debate italiano, por sua vez, ecoa no Brasil, sendo recepcionado por José Afonso da Silva e José Horácio Meirelles Teixeira, ambos sob a influência da segunda corrente italiana. O pensamento desses autores é aqui denominado de “doutrina ítalo-brasileira”.

Meirelles Teixeira parte da noção de que, toda norma, é, em certo sentido, incompleta, sendo esta característica, na verdade, sua função, já que toda norma é desenhada para, a partir de um enunciado abstrato e genérico, gerar um mandamento para o caso concreto. Dessa forma, toda norma seria incompleta, procurando abarcar uma série de casos específicos (SARLET, 2018, p. 254).

Dessa forma, o autor recepciona Vezio Crisafulli (J.A. SILVA, 2015, p. 81) com algumas mudanças terminológicas, propondo a classificação em normas de eficácia plena e normas de eficácia reduzida ou limitada. As primeiras produziram “desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador”, enquanto as segundas “não produzem, desde a promulgação, todos os efeitos essenciais”. Ainda assim, o autor apresenta uma subdivisão das normas de eficácia limitada. Dividem-se em normas programáticas, de caráter ético e social, e normas de legislação, de caráter estritamente organizacional e procedimental.

José Afonso da Silva é o segundo autor da doutrina ítalo-brasileira, com várias características semelhantes ao pensamento de Meirelles Teixeira. Porém sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* teve maior impacto e relevância no debate jurídico nacional. Essa foi a primeira obra em que o tema foi densamente trabalhado, inspirando grande

³ Embora, nesta concepção, a baixa densidade normativa decorresse da “insuficiência do conteúdo” das normas programáticas.

debate a partir de 1968.

A inovação de José Afonso da Silva (2015, p. 81-83) foi a de criar uma classificação tripla das normas constitucionais. *As normas de eficácia plena* constituem “normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, [...] porque este [o legislador] criou uma normatividade para isso suficiente”. Já as *normas de eficácia contida* são normas que “produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites”. Finalmente, as *normas de eficácia limitada* são “todas aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte [...] não estabeleceu [...] uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário”.

Da mesma forma que Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva divide as normas de eficácia limitada com base em critério material. As normas declaratórias de princípio programático, “que versam sobre matéria eminentemente ético-social” e normas de princípios institutivos ou organizativos, que versam sobre a organização do Estado (J.A. SILVA, 2015, p. 83-85), criticando a terminologia de Meirelles Teixeira quanto às “normas de legislação”.

A doutrina ítalo-brasileira, representada por José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira, parte da noção de que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde seja suscetível sua execução”. Dessa forma, ao mesmo tempo que reconhecem a eficácia imediata de todas as normas constitucionais, vinculam a eficácia das normas à sua densidade normativa. Quanto mais densos forem seus dispositivos, maior será sua vinculação.

Assim, ao contrário da norma autoaplicável da doutrina norte-americana, a norma de eficácia plena da doutrina ítalo-brasileira não gera uma completa exaustão de seus efeitos jurídicos ao entrar em vigor, já que existem efeitos para além daqueles essenciais, os quais são efeitos visados pelo constituinte (SARLET, 2018, p. 255).

Em outro ponto de dissonância, a norma de eficácia limitada tem eficácia imediata, ao contrário da norma não autoaplicável. Porém, de forma semelhante, os efeitos essenciais das normas de eficácia limitada são também considerados dependentes de interposição legislativa, pelo fato de o constituinte não ter realizado normatização suficiente (J.A. SILVA, 2015, p. 81).

Essas pequenas mudanças mostram que, para a doutrina ítalo-brasileira, os efeitos de todas as normas constitucionais não se extinguem com a leitura da literalidade do dispositivo constitucional, ao contrário da doutrina norte-americana e da primeira corrente italiana. Da mesma forma, a necessidade de regulamentação posterior pelo legislador infraconstitucional não é exclusiva das normas programáticas, ao contrário do que determina a noção da norma *non self-executing*.

Outro ponto de destaque é que o conceito de norma programática na doutrina ítalo-brasileira passa ter como principal característica seu conteúdo, o aspecto material, sendo uma subespécie de norma de eficácia limitada, relacionada aos direitos fundamentais sociais, que ambos os autores relacionam a aspectos “éticos e sociais”.

Cabe aqui, antes de introduzir autores atuais, expor o pensamento de Pontes de Miranda, que constitui uma transição entre a doutrina norte-americana e a doutrina ítalo-brasileira (SARLET, 2018, p. 251-252). Sua tese, de 1969, é, de início, semelhante à de Ruy Barbosa, com variações terminológicas: normas completas ou bastantes em si, e normas incompletas ou não bastantes em si (J.A. SILVA, 2015, p. 134), que seriam respectivamente definidas como normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis, conforme a doutrina norte-americana. Porém, duas são as características que aproximam Pontes de Miranda da doutrina ítalo-brasileira: o foco na baixa normatividade, o que gera uma diminuição dos efeitos; e o reconhecimento da existência de regras jurídicas programáticas, definidas como aquelas em que “o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais não se orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a estes ditames” (J.A. SILVA, 2015, p. 134;

BARROSO, 2001, p. 119).

Entrando na seara dos autores contemporâneos, o objeto torna-se vasto. Muito se produziu nos anos posteriores, por vezes, gravitando no entorno da obra José Afonso da Silva, com divergências apenas quanto à terminologia e quanto à preferência de uma classificação dupla ou tríplice. Citam-se as obras de Michel Temer, Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Dirley da Cunha Júnior, Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos. Como não apresentam tantas diferenças em relação ao pensamento de José Afonso da Silva, opta-se, nesse artigo, por não se realizar a análise de todas as obras.

Em *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Barroso (2001, p. 94, 97, 105) elabora uma “tipologia das normas constitucionais” baseada no “conteúdo e finalidade” dessas normas, isto é, no objeto e nos efeitos que tais normas pretendem alcançar. O autor as divide em três categorias (1) normas constitucionais *de organização*, que “têm como objeto organizar o exercício do poder político” e cujos efeitos são a regulação da forma de Estado e de governo, a criação de órgãos públicos, a definição de competências e o estabelecimento de normas processuais constitucionais; (2) normas constitucionais *fixadoras de direitos*, cujo objeto são “direitos fundamentais” (gênero que se divide nas espécies de “direitos políticos, individuais, sociais e difusos”) e cujo efeito é a criação para titulares de “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas[...], exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma.”; (3) normas constitucionais programáticas, que têm por objeto “estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público” e cujos efeitos são a revogação das normas em contrário e a orientação de políticas públicas.

Não obstante a tentativa de conferir maior rigor à classificação, a proposta de Barroso contém graves problemas de imprecisão conceitual, que prejudicam marcadamente sua inteligibilidade e, por conseguinte, sua adoção. Embora distinga as normas constitucionais claramente nas três categorias citadas, ao discorrer sobre sua classificação, o autor termina por tornar opacos os critérios classificatórios sugeridos. Tal situação resta evidente na sua explicação a respeito de normas programáticas. Segundo Barroso (2001, p. 115, 121), quando o texto constitucional se referir a “um simples programa de ação futura”, está-se diante de uma norma programática, a qual não utiliza “por via direta ou indireta a palavra direito”, e em relação à qual “não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo”. No entanto, em seguida, o próprio autor afirma a possibilidade de normas programáticas gerarem direitos subjetivos a ações negativas como “efeito atípico” (BARROSO, 2001, p.121), além de citar, sem se posicionar sobre uma possível contradição, a tese da jurisprudência do STF acerca da existência de “normas definidoras de direito heterogêneas”, que definem direitos subjetivos, mas que também têm “caráter programático” (BARROSO, 2001, p. 110).

Não bastante, o autor declara que os critérios que propõe são fundados na predominância ou preeminência que determinado aspecto possui na norma. Isto é, segundo Barroso, a geração de direitos subjetivos é característica das normas fixadoras de direitos, mas com isso “não se está a significar que as normas dos outros dois grupos não possam igualmente criá-los” (BARROSO, 2001, p.116). Ora, a função de uma classificação de objetos é precisamente identificar as características, os elementos próprios, essenciais e distintivos de tais objetos, para que possam ser diferenciados entre si e definidos individualmente. Atribuir as mesmas características a objetos distintos é exatamente não identificar o que os especifica, não precisar o que os define singularmente, ou seja, é não classificar. Tal circunstância inviabiliza a adoção da proposta de Barroso.

Aliás, sua proposta deve ser desconsiderada em observância às suas próprias palavras: “nada mais dramático para uma ciência do que situações iguais serem identificadas por nomenclatura diversa, e sobretudo situações radicalmente diversas verem-se identificadas por igual denominação” (BARROSO, 2001, p. 102).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 260, 300) também aborda o tema das “normas constitucionais de cunho programático”. A terminologia “cunho programático”, ao invés da forma simples “normas programáticas” faz-se necessária, segundo o autor, para diferenciá-las de suas subespécies, que são “normas-tarefa, normas-programas e normas-fins”. A característica fundamental de normas constitucionais de cunho programático seria a “baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo legislador”. Por isso, o autor apresenta uma classificação em “normas de alta e baixa densidade normativa”: as primeiras, “dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais”; as segundas “não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma interpositio legislatoris – gerar seus principais efeitos”. Sarlet salienta que essas últimas sempre apresentam um *grau mínimo de eficácia jurídica*.

Virgílio Afonso da Silva é talvez o autor mais importante e inovador desde a obra de José Afonso da Silva. “Tendo como partida a distinção de regras e princípios, na forma levada a cabo por Robert Alexy” (V.A. SILVA, 2006, p. 26), o autor rejeita duas dicotomias: (i) a diferença entre normas de eficácia plena e eficácia contida e (ii) a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

O primeiro problema verificado pelo autor na dicotomia entre “normas de eficácia plena e contida” é o da restringibilidade (V.A. SILVA, 2006, p. 46). A ideia de que somente as normas de eficácia contida podem ser restringidas ou contidas, ao contrário das normas de eficácia plena, entra em choque com a noção de princípio de Alexy. Todos os princípios possuem eficácia plena. Porém todos eles podem ser restringidos em um caso concreto por colisão com outros princípios.

O segundo problema está na diferenciação entre eficácia plena e limitada, das quais as normas programáticas são espécies. Às normas de eficácia limitada, “via de regra, nem mesmo se cogita falar em restrição a tais direitos, já que o que ocupa a doutrina, nesses casos, é algo que parece ser anterior à possibilidade de restrição, que é a própria criação de condições para que eles produzam algum efeito” (V.A. SILVA, 2006, p. 46). Com essa visão, as normas já nascem destituídas de um núcleo essencial, entendido como conteúdo mínimo do direito que não pode ser restringido.

Nos dois casos, essa distinção é afirmada sob a ótica da teoria *interna dos limites dos direitos fundamentais*, em que os limites estão inscritos na própria norma, de forma imanente, enquanto, para a teoria externa, os limites são impostos por elementos exteriores à norma. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 46-47), a teoria dos princípios alexyana torna necessária a adoção da teoria externa. Os princípios devem ser aplicados no maior grau possível. Porém diante de sua colisão, pode-se delimitar, numa ponderação, o limite de realização de um princípio em razão do princípio colidente. Ou seja, a norma é limitada por um elemento exterior a ela e não por uma característica imanente, intrínseca a ela. Por isso, na teoria dos princípios, torna-se imperiosa a adoção da teoria externa.

O autor conclui que toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja: “todas as normas são de eficácia limitada” (V.A. SILVA, 2006, p. 48). Virgílio Afonso da Silva faz ressalvas ao pensamento criticado, citando sua inegável contribuição para noção de eficácia de todas as normas constitucionais.

Ana Cristina Costa Meireles (2008, p. 286-291) tenta criar em sua tese uma enorme síntese, ao aglutinar a proposta de Sarlet, focada na baixa normatividade, com a classificação tripartite de José Afonso da Silva, e com críticas realizadas por Virgílio Afonso da Silva. Tamanha síntese causa inconsistências e confusão em algumas de suas considerações.

Entretanto, a autora trouxe singular contribuição: a noção de que normas programáticas se encaixam no conceito “normas estruturalmente abertas” de Alexy. A abertura estrutural

corresponde à impossibilidade de se determinar se a situação prevista como objeto da norma deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige a abstenção estatal (ALEXY, 2017, p. 71). Abertura estrutural não se confunde com “abertura semântica”, que corresponde à “indeterminação dos termos presentes no enunciado normativo”. Comentários sobre essa tese serão apresentados adiante.

Esgrimidos todos os autores estudados, elabora-se um quadro sintético das características que a doutrina, em especial a brasileira, atribui às normas programáticas:

<i>Características</i>	<i>Autores</i>										
	<i>Barbosa</i>	<i>Pontes de</i>	<i>Miranda</i>	<i>Azzariti</i>	<i>Crisafulli</i>	<i>Meirelles</i>	<i>Teixeira</i>	<i>J. A. Silva</i>	<i>Barroso</i>	<i>Sarlet</i>	<i>Meireles</i>
<i>Juridicidade</i>	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Baixa Densidade Normativa</i>	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim ⁴	Sim
<i>Destinam-se ao Legislador e Administrador</i>	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Mandamentos de Concretização de Fins, Tarefas e Objetivos</i>	Não ⁵	Sim ⁶	Sim ⁷	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Temática de Direitos Sociais</i>	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Não	Não	Não	Não
<i>Eficácia Imediata Mínima</i>	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Tabela 1 – Características elementares das normas programáticas na doutrina brasileira. Elaboração própria.

É possível responder, dessa forma, à pergunta desta pesquisa pelo tratamento conceitual dado às normas programáticas pela doutrina.

De modo inicial, percebe-se que a doutrina brasileira é unânime em classificar normas programáticas com os critérios de: (a) destinação ao legislador e ao administrador; (b) baixa densidade normativa (aqui entendida como indeterminabilidade do conteúdo da norma por uma simples interpretação literal); (c) mandamentos de concretização de fins, tarefas e objetivos.

De forma semelhante, a imensa maioria da doutrina atribui (d) juridicidade às normas programáticas, com exceção do autor italiano Azzariti. Ainda, faz-se ressalva da contradição da doutrina norte-americana ao atribuir juridicidade a normas sem efeitos jurídicos possíveis.

Como característica singular, a doutrina ítalo-brasileira (e) vincula o conceito de normas programáticas ao tema de direitos fundamentais sociais, entendendo-as como subespécies de

⁴Para Sarlet, a baixa densidade normativa é na verdade, o principal elemento que caracteriza a norma programática.

⁵ A doutrina norte-americana foi classificada como “Não” dentro desta tabela no que se refere à ausência da noção de fins, tarefas e objetivos. A norma não autoaplicável é um mandado de concretização, porém, isso ocorre devido à baixa densidade normativa, e não ao fato de enunciar programas.

⁶ Pontes de Miranda, apesar de membro da doutrina norte-americana, adota a noção de “fins, tarefas, objetivos”.

⁷ A palavra “mandamentos” não se encaixa na doutrina de Azzariti, pois a norma programática é um mero conselho político. O legislador não está vinculado a ela. A classificação como “Sim” na tabela se refere à caracterização dessas normas como ligadas a fins, tarefas e objetivos.

normas de eficácia limitada.

Por último, analisa-se a (f) eficácia imediata. A doutrina clássica norte-americana somente atribui eficácia mediata através de regulamentação do legislador. Toda a doutrina posterior garante às normas programáticas eficácia imediata mínima, entendida *como geração de algum efeito jurídico*. Entretanto, a questão está longe de ser pacífica, na medida que há marcadas discordâncias em relação a quais os efeitos gerados e em quais circunstâncias, conforme o exposto na próxima seção.

4. Classificação quanto aos efeitos

Nesta seção, busca-se analisar quais são os efeitos atribuídos pela doutrina às normas programáticas. Visando à sistematização do pensamento de diversos autores, delimitaram-se os efeitos atribuídos às normas programáticas em duas grandes classes, segundo sua dimensão *objetiva ou subjetiva*, conforme a tabela seguinte.

Classes de Efeitos	Efeitos em espécie	Autores								
		Barbosa	Pontes de Miranda	Azzariti	Crisafulli	J. A. Silva	Barroso	Sarlet	Lins	Meireles
Efeitos de dimensão objetiva	Parâmetro para interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas	NM	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Parâmetro para criação de normas jurídicas	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Parâmetro para os atos da Administração Pública	NM	Sim	NM	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Revogação das normas anteriores e contrários	NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Inconstitucionalidade de ação futura em contrário	NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Inconstitucionalidade por omissão	NM	NM	Não	Sim	NM	NM	Sim	Sim	NM
	Geram direitos subjetivos a prestações negativas	NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

<i>Efeitos de Dimensão Subjetiva</i>	Geram direitos subjetivos a prestações positivas normativas	NM	NM	Não	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
	Geram direitos subjetivos a prestações positivas fáticas	NM	NM	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim

Tabela – Efeitos em espécie das normas programáticas segundo a doutrina. Elaboração própria
 Legenda: NM = Não Mencionado

As normas programáticas possuem *eficácia imediata* reconhecida pela doutrina. Em relação à sistematização elaborada na tabela, deve-se observar que vários doutrinadores atribuem diferentes efeitos a essas normas, que podem ocorrer de forma simultânea. Portanto, à mesma norma podem estar vinculadas classes de efeitos distintas.

Os primeiros efeitos analisados são os de as normas programáticas servirem como *parâmetro para interpretação e criação das normas jurídicas, bem como para atos discricionários da Administração Pública*. Segundo parte da doutrina norte-americana (da qual, neste ponto, discorda Pontes de Miranda), esse é o efeito máximo que pode ocorrer (BARBOSA em SARLET, 2018, p. 251-252; AZZARITI em J. A. SILVA, 2015, p. 78). A norma serve apenas de parâmetro para o administrador e o legislador. Esse é o mínimo efeito possível, conforme a doutrina (J.A. SILVA, 2015, p. 160; PONTES DE MIRANDA em J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI em MEIRELLES, 2008, p. 267; BARROSO, 2001, p. 121; SARLET, 2018, p. 305; LINS, 2007, p. 59-60; MEIRELES, 2008, p. 343).

O debate sobre a *possibilidade de declaração de inconstitucionalidade* parece simples, mas foi o cerne de todo o tratamento do tema na Itália. A discussão sobre a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente, seguida da revogação da norma inconstitucional, tinha consequências relevantes. Na primeira hipótese, qualquer tribunal teria competência para revogar normas com base na Constituição, enquanto na segunda, defendida por Crisafulli, somente a Corte Constitucional seria órgão competente para tal (J.A. SILVA, 2015, p. 159). No Brasil, onde a inconstitucionalidade pode ser declarada em todas as instâncias por meio do controle difuso de constitucionalidade, mostra-se desnecessária esta diferenciação.

A doutrina tornou-se unânime na previsão de revogação de atos anteriores ou da *inconstitucionalidade de atos futuros*, com base inicialmente na segunda doutrina italiana e na doutrina ítalo-brasileira (J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI, em J.A. SILVA, 2015, p. 159; BARROSO, 2001, p. 121; LINS, 2007, p. 59-60; MEIRELES, 2008, p. 343; SARLET, 2018, p. 303-305). Consequentemente, a primeira doutrina italiana, representada em Azaritti, é a única em não prescrever esses efeitos (AZARITTI em J.A. SILVA, 2015, p. 157).

Sarlet (2018, p. 273), Lins (2007, p. 60-61) e Crisafulli (em MEIRELES, 2008, p. 267) chegam a mencionar a *inconstitucionalidade por omissão*, diante do não cumprimento do programa designado pela norma. Entretanto, não desenvolvem de forma densa o tema, não fornecem parâmetros para o aferimento da inconstitucionalidade, o que sempre foi um problema que ronda esse efeito.

Por *direito subjetivo*, entenda-se a prerrogativa vantajosa estipulada pelo direito objetivo em benefício do sujeito de direitos, munida de proteção judicial (TOLEDO, 2003, p. 23-24). A geração de direito subjetivo a ações negativas, exigível judicialmente, é efeito atribuído às normas programáticas por todos os doutrinadores, desde a segunda doutrina italiana (J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI, em MEIRELES, 2008, p. 267; BARROSO, 2001, p. 122;

LINS, 2007, p. 61; MEIRELES, 2008, p. 384; SARLET, 2018, p. 305-306).

Até aqui, há relativo consenso da doutrina (SARLET, p. 303). O debate toma vigor, com sérias discordâncias, em relação à geração de direito subjetivo a ações positivas – sejam elas fáticas ou normativas – como efeito das normas programáticas. Cabe ressaltar que, para muitos autores, a ação positiva é sinônimo de prestação positiva fática apenas.

Crisafulli (J.A. SILVA, 2015, p. 172) não prevê a possibilidade de reconhecimento de direito subjetivo a ações positivas. Embora entenda tais ações positivas como “interesses legítimos”, não considera que tais interesses se apresentem como direitos subjetivos na concepção tradicional do termo (MEIRELES, 2008, p. 269).

José Afonso da Silva, diretamente influenciado por Crisafulli, também afirma que, via de regra, normas programáticas não geram direitos subjetivos a ações positivas (2015, p. 175). Entretanto, partindo da premissa de que “a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se das situações subjetivas de vantagem” (J.A. SILVA, 2015, p. 168), o autor brasileiro afirma, em sentido diverso, que direitos subjetivos a prestações positivas podem vir a ser gerados por normas programáticas em caso de exceção. Ele cita o art. 170, caput e incisos VII, VIII, e os art. 184 e art. 218 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como normas que tutelam interesses simples, porque não apontam seu “objeto, sua extensão, nem os meios para tutelar o interesse protegido”. Já na hipótese dos art. 170, III, art. 226, art. 205 e art. 208, §§1º e 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os interesses já foram tutelados de forma mais densa, podendo gerar direitos subjetivos a ações positivas e negativas. O critério para tal limite, de abertura semântica, é, entretanto, impreciso.

Barroso (2001, p. 121), da mesma forma, associa direitos à prestação positiva apenas à prestação positiva fática, ou seja, não aborda a prestação positiva normativa: “delas, não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação”. No que tange a direitos subjetivos a prestações positivas normativas, apesar de não utilizar tal terminologia, Barroso (2001, p. 269) aponta, ao comentar sobre o mandado de injunção, instrumento processual para garantia de tais direitos, que somente as normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais podem gerá-los, negando tal eficácia às normas programáticas.

Lins (2008, p. 55) associa a noção de normas programáticas à baixa densidade normativa. E nesse sentido, tece duras críticas ao argumento de que a abertura semântica teria o condão de desautorizar a eficácia das normas programáticas. A autora afirma que isso acontece tendo em vista a frequente associação das normas programáticas com a temática dos direitos fundamentais sociais, pois às normas que veiculam direitos fundamentais individuais, como o direito de liberdade (nas suas diversas feições), é garantida eficácia plena. Entretanto, comparadas, ambas apresentam, em sua visão, baixa densidade normativa, motivo por que considera que a inexistência de problemas em reconhecer a eficácia e aplicabilidade somente às normas que declaram direitos de liberdade trata-se de um argumento ideológico. A autora reconhece que normas programáticas podem gerar direitos fundamentais a prestações positivas, ou seja, que tais normas podem prever direitos fundamentais sociais (LINS, 2008, p. 68).

Sarlet (2018, p. 364) associa a baixa normatividade como característica principal das normas programáticas. Entretanto, é claro em dizer que “eventual abertura e indeterminação do enunciado normativo não constituem, por si só (sic), argumento suficiente para sustentar a dependência dos direitos sociais prestacionais de interposição legislativa”. O autor salienta que, a definição e especificação que visam a responder às aberturas semântica e estrutural da norma requerem um esforço argumentativo maior. Porém isso não desautoriza o reconhecimento da geração desse tipo de direito como efeito das normas programáticas, de forma que o autor constata “a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador” (SARLET, 2018, p. 364). Os direitos que emanam das normas programáticas, são,

para o autor, exigíveis *prima facie*, salientando que, diante de casos em que a aplicação das normas programáticas entra em conflito com o princípio da separação de poderes, o problema “reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimidade dos tribunais para a determinação do objeto e do quantum da prestação” (SARLET, 2018, p. 364). Sarlet (2018, p. 302-303, 308, 365-366) reconhece a possibilidade de os direitos fundamentais sociais serem veiculados por normas de cunho programático.

Portanto, configura-se um cenário de dissenso na doutrina em relação à questão de normas programáticas terem como efeito a geração de *direitos subjetivos a prestações fáticas*.

Pode-se fazer uma distinção temporal sobre o posicionamento da doutrina, ressaltando que são generalizações sobre seus principais expoentes aqui considerados: a doutrina do século XX não admite a possibilidade de as normas programáticas gerarem tais direitos subjetivos, com base na sua baixa normatividade. Já a doutrina do século XXI, salientando o caráter principiológico dessas normas, atribui-lhes o efeito de geração de tais direitos subjetivos, negando o argumento da impossibilidade prévia e genérica em razão de sua baixa densidade normativa.

Aqui, faz-se a ressalva que o critério temporal não pode se tornar uma falácia do tipo *argumentum ad novitatem*, que designa a superioridade de determinado argumento simplesmente por ser mais recente do que seu oposto. Entretanto, já se pode considerar como incorreta uma mera afirmação de impossibilidade de as normas programáticas gerarem os efeitos acima mencionados como se houvesse um amplo consenso na matéria, sem um grande ônus argumentativo.

5. Análise da doutrina

Do desenvolvimento de toda a temática, chega-se à resposta à pergunta mencionada na introdução “qual o conceito e efeitos das normas programáticas?”.

Após análise da seção 3, conceituam-se normas programáticas como normas que *estabelecem ao Estado o dever objetivo de cumprimento de programas de governo e políticas públicas*.

Decompondo esse conceito, a primeira característica fundamental das normas programáticas é a juridicidade, isto é, essas são normas jurídicas e não meros conselhos. Como tais, são vinculantes. Não há possibilidade de que ao texto constitucional, documento jurídico que vincula todo o ordenamento jurídico, seja delegado o status de mera diretiva política, sem qualquer vinculação. É necessário conferir normatividade uniformemente a todo texto constitucional.

Das premissas (i) “toda norma jurídica gera efeitos” e (ii) “normas programáticas são normas jurídicas”, decorre, como corolário lógico, a conclusão de que *todas as normas programáticas são aptas, desde sua entrada em vigor, a gerar efeitos jurídicos*, ou seja, todas as normas programáticas possuem eficácia imediata. Afinal, se a eficácia só fosse reconhecida a partir de intermediação legislativa, nenhum efeito seria reconhecido a algumas normas constitucionais, o que inverte a lógica do ordenamento jurídico, em que a legislação infraconstitucional é vinculada à norma constitucional, dela retirando sua validade.

A segunda característica constitutiva das normas programáticas é relativa à sua forma de vinculação, correspondente a um *dever objetivo*, ou seja, irradiam em todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes de atuação para órgãos dos poderes legislativo, judiciário e executivo. Um dever objetivo pode ser *prima facie* ou definitivo. O conteúdo de todo dever objetivo *prima facie* é excedente. A delimitação do dever objetivo definitivo ocorre no processo de ponderação, quando de sua exigência no Judiciário. Isso significa que, para a não satisfação do dever objetivo pelo Estado, são necessárias razões aceitáveis e caso não existam essas razões, a ponderação realizada em juízo pode conduzir a um dever definitivo.

Como terceira característica fundamental, o conteúdo do dever objetivo irradiado pelas normas programáticas corresponde a *programas de governo e de políticas públicas*, que devem ser criados para dar efetividade aos fins, tarefas e objetivos estabelecidos.

O principal efeito da norma programática é (a) servir de parâmetro para criação e interpretação de normas jurídicas, bem como para os atos discricionários da Administração Pública. Sendo uma norma que obriga o Estado a perseguir ativamente o fim nela delimitado, ela *proíbe* que o Estado atue em sentido contrário. Desse modo, as normas programáticas representam limites à discricionariedade do Poder Público em suas políticas de governo.

Via de consequência, um dos efeitos das normas programáticas é (b) gerar a inconstitucionalidade de normas futuras que sejam a elas contrárias, bem como revogar (em virtude de inconstitucionalidade) normas anteriores em contrário.

Da mesma forma, ressalvadas todas as polêmicas teóricas acerca do tema – tais quais a legitimidade do poder judiciário, bem como os critérios materiais e temporais para precisar a inércia de outros poderes –, as normas programáticas têm eficácia para (c) gerar inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, (d) elas não declaram ou geram direitos subjetivos, sejam direitos a ações negativas, sejam direitos a prestações positivas fáticas ou normativas. Como visto, todo direito subjetivo, por definição, é uma prerrogativa vantajosa ao indivíduo, estabelecida com base no direito objetivo. Portanto, há uma intensa relação entre as duas dimensões de efeitos. No caso das normas programáticas, por veicularem um dever objetivo, elas constituem parâmetros para interpretação do judiciário na garantia de um direito subjetivo. Porém, dever objetivo e direito subjetivo são conceitos distintos. Inobstante os *deveres objetivos* estipulados pelas normas programáticas gerarem efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, dentre tais efeitos não está a criação de *direitos subjetivos*.

Contudo, deve-se destacar que o *mesmo enunciado normativo* que expressa uma norma programática também pode, simultaneamente, expressar uma *norma declaradora ou fixadora de um direito subjetivo*. A título de exemplo, analisa-se o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Do início de tal enunciado normativo, em que se lê “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, claramente se identifica uma norma que declara um direito subjetivo, veiculando um objeto (a saúde) aos sujeitos de direito (todos os cidadãos), bem como se prevê o destinatário do dever jurídico correspondente (o Estado). Entretanto, no decorrer do artigo, onde se lê “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário [...]” se expressa uma norma programática, que dispõe sobre políticas públicas de saúde. Não se pode confundir o enunciado normativo, o texto do artigo, com a norma jurídica por ele veiculada.⁸

Portanto, claro fica que as normas programáticas são vinculantes, geram efeitos jurídicos. Entretanto, isso não esgrime eventuais problemas que decorrem de sua aplicação. Se a norma programática é tutelada por meio do Poder Judiciário, e devem ser cumpridas essencialmente pelos Poder Legislativo e Executivo, temas reiteradamente presentes serão o princípio da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, e o controle judicial de

⁸ A diferenciação entre enunciado normativo e norma permite tratar de forma mais precisa e técnica questão que Barroso (2001, p.111) chamou simplesmente de “normas heterogêneas” – ao comentar a jurisprudência do STF e no RE 271.286-RS, que reconheceu no art. 196 um direito subjetivo à saúde, apesar de seu caráter programático.

políticas públicas adotadas pelos órgãos de governo, como salienta Sarlet (2018, p. 364).

Percebe-se que a polêmica no entorno das normas programáticas reside no campo da aplicabilidade, isto é, no âmbito de sua aplicação em conflito com outras normas, especialmente com o princípio da separação dos poderes, e não no âmbito de sua eficácia, de sua possibilidade, delimitada prévia e abstratamente, de geração de efeitos jurídicos. Neste ponto revela-se o equívoco das doutrinas norte-americana e ítalo-brasileira, bem como de autores contemporâneos, como Barroso, que propõem o estabelecimento de limites imanentes à própria norma programática, determinando previamente a sua ausência de eficácia, por via da teoria interna. Não obstante, como exposto supra, os limites das normas programáticas, em cumprimento à teoria externa, devem ser determinados fundamentadamente no caso concreto, diante de ponderação de princípios.

Esgrimidas as características que devem estar no conceito de normas programáticas, cabe ressaltar as características que não devem compor o conceito de normas programáticas.

A primeira delas é a *baixa densidade normativa*, que pode ser analisada por duas perspectivas: abertura semântica e abertura estrutural. Usando o exemplo de Alexy (2017, p. 70-71) relativo ao enunciado normativo “a ciência, pesquisa e ensino devem ser livres”, a abertura semântica corresponde à indeterminação do que é “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, enquanto a abertura estrutural corresponde à indeterminação da forma com que se deve garantir tal liberdade, se por meio de direitos subjetivos a prestações negativas dos cientistas ou de direitos subjetivos a prestações positivas de subsídios aos pesquisadores.

Da mesma forma que uma norma programática, uma norma declaradora de direitos subjetivos pode ser igualmente aberta semântica e estruturalmente. Afinal, a abertura semântica de *conceitos jurídicos indeterminados* tais como “boa-fé”, “honra”, “interesse público”, “função social”, “bem comum” e “bons costumes” não caracteriza as normas que os declaram como programáticas. No âmbito constitucional, o que corresponde aos direitos fundamentais à “liberdade”, “igualdade” e ao “devido processo legal”? A abertura semântica não torna programáticas as normas que os preveem ou impede que os dois primeiros sejam direitos fundamentais.

A título de exemplo, a norma programática do art. 208 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é menos aberta semanticamente e, inclusive, estruturalmente, que uma norma declaradora de direito subjetivo:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

A baixa densidade normativa, seja no aspecto semântico ou estrutural, pode ser característica de qualquer norma, sendo independente de sua natureza programática ou declaradora de direitos subjetivos. Dessa forma, não se entende como correto vincular as “normas de cunho programático” à classe de “normas de baixa densidade normativa”, tal como fez Sarlet (2018, p. 300), ou às normas dotadas de abertura estrutural, como propôs Meireles (2008, p. 289).

A vinculação a temáticas de direitos fundamentais sociais também não merece prosperar, tal como qual fizeram José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira, uma vez que a política pública presente na norma programática pode ter qualquer conteúdo, relacionando-se, inclusive, com os direitos fundamentais individuais à vida e à liberdade, como se observa no art. 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos: [...].

Por fim, atribui-se às normas programáticas característica correspondente a uma síntese de baixa normatividade e de direcionamento ao legislador. Diante dessas duas características, as normas programáticas só exerceriam todos seus efeitos mediante interposição legislativa, por demandarem regulamentação. Porém, deve-se ressaltar que regulamentação não é característica relacionada exclusivamente a normas programáticas, como observa Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 47), o que impede sua distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada. Ilustrativamente, o autor cita o direito à propriedade, que, embora considerado norma de eficácia plena, mostra-se dependente de regulamentação para seu correto funcionamento e garantia, demandando legislação distintiva entre posse e propriedade, bem como criação e manutenção de órgãos e instituições públicas, tais quais polícia, poder judiciário, registro de imóveis etc. (SILVA, V.A., 2011, p. 236).

Por fim, ao conceituar as normas programáticas como normas que estabelecem ao Estado o dever objetivo de cumprimento de programas de governo e políticas públicas, verifica-se que elas *não podem veicular direitos fundamentais sociais*. Não obstante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que irradiam efeitos simultaneamente de dimensão subjetiva e objetiva, ressaltada por Sarlet (2018, p.161), os direitos fundamentais não se restringem à geração de deveres objetivos, como ocorre com as normas programáticas.

6. Conclusão

Verificam-se notórias concordâncias e discordâncias na doutrina brasileira acerca das normas programáticas. Fica claro que se trata de normas jurídicas e de que têm efeitos vinculantes importantes. Não obstante, no campo dos direitos subjetivos, grandes debates surgem, seja apontando problemas na sua eficácia ou na sua aplicabilidade.

A primeira importante conclusão que se retira, no campo conceitual, reside na fundamental distinção entre os *enunciados normativos e normas*. O *mesmo enunciado normativo* pode expressar *normas programáticas e direitos subjetivos* simultaneamente.

A segunda conclusão central alcançada é a de que o objeto de normas programáticas são *programas de governo e políticas públicas*, e não direitos subjetivos.

Os grandes problemas jurídicos e políticos das normas programáticas não residem em sua eficácia, mas na sua aplicabilidade, diante da problemática de tutela jurisdicional e o conflito com outros poderes. De forma semelhante, no campo da efetividade também se encontram dificuldades, já que elas impõem aos poderes públicos o cumprimento de metas para satisfação de políticas públicas, o que é um desafio administrativo e financeiro. Dessa forma, como diz José Afonso da Silva (2015, p. 149), por serem “normas incômodas”, é muito mais fácil negar sua eficácia do que cumprir os programas de governo e políticas públicas nelas inseridos.

Como assevera Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 250-251), o conceito de normas programáticas é utilizado de forma a presumir a ausência eficácia, de modo que “sempre que se recorre à ideia de normas de eficácia limitada ou normas programáticas, o resultado já é conhecido: só resta aguardar a ação dos poderes políticos”.

Entretanto, como demonstrado, a norma programática é vinculante, gerando o seu conteúdo (programas de governo e políticas públicas) deveres objetivos, o que impõe diálogo intenso entre poderes, criando ônus argumentativo para todos eles no controle recíproco de seus atos e omissões.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 07 de abr. de 2019

LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas. – Recife: O Autor, 2007. 300 fls. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justicialibilidade. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais em Perspectiva Constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo. São Paulo: Landy. 2003.