



A QUESTÃO DA EFETIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO THE QUESTION OF EFFECTIVENESS IN BRAZILIAN LAW

Maria Cristina Favoretto¹

RESUMO: Volta-se o presente estudo à análise da efetividade das normas no ordenamento jurídico brasileiro. Não raras vezes, o comando expedido pelo constituinte e pela própria legislação ordinária não é efetivamente concretizado, provocando equivocada percepção da necessidade de elaboração de novas leis. Trata-se de fenômeno observado em todas as áreas do Direito e fortemente incidente no contexto do Direito Penal Brasileiro, por conta do considerável apelo popular e midiático característicos do ramo do direito público em questão.

Palavras-chave: Efetividade. Concretização. Poder Legislativo

ABSTRACT: Back-if this study examining the effectiveness of the rules in the Brazilian legal system. Often, the command issued by the constituent and by ordinary legislation itself is not effectively implemented, leading to a mistaken perception of the need to draw up new laws. This is a phenomenon observed in all areas of law and strongly incident in the context of Brazilian criminal law, on account of the considerable popular appeal and characteristic of the media branch of public law in question.

Keywords: Effectiveness. Implementation. Legislative Power

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(PUCSP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(PUCSP) e em Direito Educacional, pelo Centro de Extensão Universitária (CEU). Advogada. Professora de Direito Civil e Direito Administrativo da Universidade Guarulhos – UnG.



1. Introdução

A elaboração de novas leis e a modificação dos diplomas legais existentes são frequentemente apontadas como caminhos aptos à solução dos problemas atinentes ao cumprimento do ordenamento jurídico pátrio.

No contexto criminal, via de regra, o legislador ordinário é recorrentemente pressionado à modificação constante do ordenamento jurídico, pelo clamor público e a influência da mídia voltados ao enfrentamento imediato das questões atinentes à criminalidade.

Todavia, nem sempre referida solução passa pela criação e modificação da normatividade vigente. No mais das vezes, o cumprimento efetivo das leis já existentes seria o bastante para a construção de cenário mais digno e favorável à população.

A Constituição da República de 1988 consagrou extenso rol de direitos da pessoa humana, representando marco definitivo da redemocratização do país, após longo período de ditadura militar, o que é de ser louvado.

Entretanto, a despeito da manifesta preocupação com direitos fundamentais e com objetivos republicanos essenciais, impende desenvolver visão crítica em vista da falta de efetividade de uma série de dispositivos previstos em sede constitucional.

A questão se estende ao contexto da legislação ordinária, sendo possível apontar expressivo plexo de diplomas legais desprovidos de efetividade, cuja elaboração atende a interesses não atinentes à proteção de bens e interesses jurídicos fundamentais.

Diante do tema proposto, buscaremos apontar situações concretas de falta de efetividade de normas constitucionais e ordinárias. Com referida abordagem, esperamos contribuir, através de breves pinceladas, com o estudo crítico do ordenamento jurídico brasileiro.

2. A eficácia e aplicabilidade das normas no Direito brasileiro. A questão das normas programáticas

Para o ilustre jurista José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser subdivididas em três espécies distintas, a saber: normas de eficácia plena, contida e limitada.

Normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, já se encontram aptas a produzir efeitos tendo, portanto, aplicabilidade imediata e integral.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que *podem* ter seu alcance restringido pela legislação ordinária. Todavia, enquanto não existir referida legislação, apresentam aplicabilidade integral.

Também apresentando aplicabilidade imediata, as *normas de eficácia contida* se diferenciam das primeiras pelo fato de admitirem a redução do seu alcance por meio da atuação do Poder Legislativo. Justamente por este motivo, Michel Temer prefere denominá-las de “normas de eficácia *reduzível ou restringível*”². Assim, enquanto não sobrevier legislação reduzindo o seu alcance, as normas de eficácia restringível apresentam aplicabilidade imediata e integral.

Para o presente contexto, muito interessam as normas de eficácia limitada, uma vez que aqui se inserem aquelas que dependem da atuação do Poder Legislativo para a produção de efeitos.

Resta equivocado afirmar, que as normas de eficácia limitada não produzam efeito jurídico algum, sendo de rigor reconhecer sua aptidão para produzir efeitos mínimos, mas não menos relevantes. Assim, tais normas têm o condão de revogar as disposições em contrário e, principalmente, vincular o legislador ordinário à formulação de legislação integradora. Porém, para que sejam aplicáveis ao caso concreto, as normas de eficácia limitada dependem da atuação do Po-

² TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.



der Legislativo, fato nem sempre tempestivo, em vista da constatada e recorrente mora do legislador.

Dentre as normas constitucionais que carecem da atuação do legislador ordinário, merecem destaque as chamadas *normas de princípio programático*, ou seja, aquelas que, nas palavras de André Ramos Tavares, “estabelecem programas a serem desenvolvidos mediante a vontade do legislador infraconstitucional”.³

O artigo 3.º da Constituição da República exemplifica dispositivo que contempla normas de caráter programático. Neste, o constituinte estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ainda carentes de efetividade. Confira-se o teor do dispositivo em comento:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A previsão de objetivos fundamentais é elogiável, uma vez que a Constituição de 1988 simboliza marco definitivo da redemocratização do Brasil.

Acerca da época em que a Carta Magna foi promulgada, o historiador Boris Fausto preleciona que “a Assembléia Nacional Constituinte começou a se reunir em 1.º de fevereiro de 1987. As atenções e as esperanças do país voltaram-se para a elaboração da nova Constituição. Havia um anseio de que ela não só fixasse os direitos dos cidadãos e as instituições básicas do país como resolves-

se muitos problemas fora de seu alcance. (...) A Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral”. O mesmo autor conclui seu raciocínio afirmando que “a Constituição de 1988 pode ser vista como o marco que pôs fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário”.⁴ (destacamos).

Contudo, simples previsão legal não caracteriza garantia de efetividade. A alusão à norma programática, não deve reportar o intérprete a futuro longínquo e incerto. Na realidade, para que objetivos audaciosos como os previstos na Carta Magna sejam efetivados, imperiosa se torna a adoção de medidas estatais imediatas, de modo a possibilitar sua posterior integralização.

Impende ressaltar, outrossim, que dentre o universo de normas de eficácia limitada previstas na Constituição, contemplam-se os chamados *mandados de criminalização*.

Na lição de Antonio Carlos da Ponte, “os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”⁵ (destacamos).

Algumas das referidas indicações obrigatórias de criminalização não se encontram adequadamente satisfeitas pelo legislador ordinário, fato que mais uma vez aponta a inefetividade de diversas normas constitucionais.

Como exemplo, cumpre mencionar o mandado de criminalização contido no artigo 7.º, inciso X, da Constituição, que consagra o direito do trabalhador à “proteção do salário na forma da lei, *constituindo crime sua*

³ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

⁴ FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Edusp, 2009, pp. 288/289.

⁵ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.



retenção dolosa”.

Trata-se de mandado expresso de criminalização completamente ignorado pelo legislador ordinário, uma vez que a punição em face da sobredita conduta não é encontrada em nenhum dos dispositivos relativos aos crimes contra a organização do trabalho (artigos 197 a 207, CP).

Outra situação que merece destaque, diz respeito ao crime de terrorismo, caracterizado pela Constituição da República como delito de grave repercussão social, diante do qual o Estado Brasileiro não pode se esquivar.

Consoante prescreve o artigo 5.º, XLIII, da Constituição da República “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o *terrorismo* e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.” (destacamos).

Na visão de parcela considerável da doutrina, o delito não encontra tipificação adequada no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a conduta descrita no artigo 20 da Lei de Segurança Nacional não seria suficiente para resguardar um comportamento criminoso de tamanha complexidade. Mencionado dispositivo assim preleciona:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal *ou atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. (destacamos).

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Percebe-se, de fato, que a previsão legal não atende a requisitos minimamente necessários à ade-

quada tipificação do crime de terrorismo, problema recorrente em diversos diplomas penais.

Feitas estas considerações, julgamos pertinente considerar a questão do sistema carcerário brasileiro à luz da dignidade humana.

3. A dignidade humana e o sistema carcerário

A situação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, nos dias de hoje, enseja debate do mais alto grau de relevância e interesse a todos os operadores e estudiosos do Direito pátrio, por força dos reflexos produzidos na dignidade dos envolvidos.

Buscando conceituar o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, Ingo Wolfgang Sarlet, doutrinador da maior suposição, merece destaque ao considerar que:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”⁶.

Infelizmente, o vasto conteúdo da dignidade humana encontra-se ignorado no contexto carcerário brasileiro, por conta da superpopulação e da total inobservância dos dispositivos previstos na Constituição e na legislação ordinária acerca do tema.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.67.



Sabidamente, a Constituição de 1988 é pródiga na previsão de direitos fundamentais, cenário igualmente reproduzido em sede de execução penal. Nesse sentido, a Carta Magna prevê que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII, CF), ao mesmo tempo em que garante aos presos “o respeito à integridade física e moral” (art. 5.º, XLIX, CF) e estabelece que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5.º, L, CF).

A simples leitura do dispositivo em epígrafe leva a constatar a falta de efetividade dos comandos consagrados pelo constituinte, manifesta pela superpopulação carcerária que assola os presídios de todo o Brasil.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci “cuidou-se de um *sonho* do legislador a existência, no Brasil, de vários estabelecimentos adequados à espécie de pena estabelecida: reclusão, detenção e prisão simples. Nunca o Poder Executivo, em qualquer nível, sob vários pretextos, investiu efetivamente em estabelecimentos penitenciários”⁷.

Além da frontal violação aos dispositivos constitucionais, a caótica situação do sistema carcerário também não se coaduna com os requisitos traçados pelo legislador ordinário que, no artigo 88 da Lei de Execução Penal (Lei 7210/84), estabelece as exigências mínimas da unidade celular, consoante o assim disposto:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência

dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Percebe-se que a realidade encontra-se muito distante das exigências legalmente estabelecidas, a evidenciar que o problema da superpopulação não pode ser atribuível à falta de legislação, mas à ausência de sua efetividade.

Para Ricardo Alves Bento e Patrícia Stucchi Bento, “a dignidade da pessoa humana nestes estabelecimentos parece um bem inatingível e pretérito. Seres humanos tratados como animais, sem qualquer perspectiva de serem reconduzidos de forma humanitária à sociedade”⁸.

A caótica situação do sistema carcerário demonstra, de maneira inequívoca, que problemas desse jaez são, via de regra, oriundos da falta de efetividade das normas constitucionais e legais, não se relacionando com a inexistência de legislação.

4. Conclusões

O presente trabalho buscou demonstrar, a título meramente exemplificativo, situações nas quais não se verifica o cumprimento dos comandos constitucionais, bem como daqueles expedidos pelo legislador ordinário.

Diante desse cenário, pode-se constatar que a solução para uma série de problemas hoje enfrentados pelo sistema jurídico pátrio, passa pela efetiva aplicação dos diplomas legais existentes, restando desnecessária a constante elaboração de novos textos legislativos.

No contexto criminal, especialmente no tocante à execução penal, a efetivação dos dispositivos consti-

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2009, p. 158.

⁸ BENTO, Ricardo Alves; BENTO, Patricia Stucchi. *Política Criminal Brasileira e Dignidade Humana*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 744.



tucionais e legais é tarefa a ser buscada com afinco visando, precipuamente, consolidar o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio vetor e fundamento da República, lamentavelmente vilipendiado no interior dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Bibliografia

BENTO, Ricardo Alves; BENTO, Patricia Stucchi. Política Criminal Brasileira e Dignidade Humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed.. São Paulo: RT, 2009.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.