

COMO FAZER VALER A CONSTITUIÇÃO?

CAIO TÁCITO

Sumário: 1. Os Direitos Constitucionais. 2. Eficácia das normas constitucionais. 3. Normas de aplicabilidade diferida. 4. A Teoria da recepção. 5. Inconstitucionalidade por omissão. 6. Mandado de injunção. 7. Medidas provisórias. 8. Iniciativa popular.

A Constituição é, na hierarquia das fontes de direito, a mais augusta das leis. A precedência se exprime no batismo que a ela atribui a qualificação de Carta Magna, por inspiração do modelo inglês de limitação do poder absoluto.

Na Lei Maior está a matriz dos direitos fundamentais do homem e do cidadão e o sentimento de que, acima da vontade de todos — tanto dos particulares como dos órgãos do Poder —, sobrepairá o comando impessoal da cúpula da ordem jurídica, expressa na Constituição, nascida do poder constituinte originário, ou seja, do consentimento da sociedade organizada politicamente.

As primeiras Constituições visaram a garantir o homem contra o Poder, o indivíduo perante o Trono. Concentram-se em dois pontos essenciais: afirmação de direitos e liberdades fundamentais e organização da estrutura do Estado, sob o princípio da divisão e separação de poderes que, controlando uns aos outros, mantêm o equilíbrio da sociedade.

A exacerbação de conflitos sociais, notadamente na ordem econômica, começou, porém, a expandir o âmbito das Constituições, que passaram a incorporar novos direitos e deveres, e a convocar a ação do Estado, seja como disciplinador da atividade privada, seja como prestador de serviços.

A partir da segunda década do século e em crescente ascensão, passam as Constituições não apenas a fortalecer os clássicos direitos e liberdades individuais como ainda a receber novos direitos sociais e mesmo a proteger interesses coletivos e difusos. Não somente o cidadão se coloca sob o pálio de proteção

da lei. Ela ampara igualmente a pessoa como consumidora de bens e serviços, ou como destinatária de serviços públicos de saúde, educação ou assistência social.

Mais ainda, ingressa no plano constitucional a defesa do meio ambiente e a proteção de valores culturais relevantes.

Este fenômeno universal de dilatação dos temas das Constituições torna mais agudo o problema de distinguir entre normas constitucionais imperativas, que de logo obrigam pelo próprio teor, de outras que, adotando embora princípios definidos, conferem ao legislador a tarefa de dizer a partir de quando devem ser cumpridas.

Existem, na própria Constituição, normas que são auto-suficientes e diretamente operam sobre as situações e pessoas a que se dirigem e outras que, embora especificando princípios e diretrizes, dependem do concurso da lei comum — ordinária ou complementar — para alcançar sua finalidade.

As primeiras — conforme terminologia consagrada — são normas auto-executáveis; as últimas são normas programáticas, não auto-executáveis, a não ser quando o legislador completa o ciclo de sua concreta observância.

Em suma: no tocante à *eficácia*, isto é, à produção de seus efeitos, entende-se que a norma constitucional terá *aplicabilidade imediata*, ou *aplicabilidade diferida*, segundo estiver condicionada, ou não, à lei posterior, quando o direito será exercido *nos termos da lei*.

Ao intérprete incumbe, diante da letra e do espírito da norma constitucional, classificá-la, conforme o caso, em um ou outro desses grupos. Em cada hipótese, o titular do direito ou liberdade previsto na Constituição terá imediatamente gozo dele, ou sua efetiva fruição fica subordinada ao advento da lei.

Em síntese: diante do que dispõe a Constituição, as pessoas físicas e jurídicas podem fazer valer direta e imediatamente seus direitos e liberdades constitucionais, ou ficam estes em pausa de espera, até que a lei integrativa venha a instituir o canal de livre acesso ao respectivo exercício.

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga na outorga de novos direitos e liberdades e na ampliação do conceito de clássicas garantias constitucionais.

Na virada de um regime restritivo para a plenitude democrática e sensível aos ventos da moderna sociedade, prodigalizou concessões e eliminou limitações, com o propósito declarado de valorizar a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, colocando, entre seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigos 1º e 3º).

Modelos próximos da nova Carta brasileira foram, em grande parte, a Constituição Espanhola de 1978 e a Constituição Portuguesa de 1976, uma e outra propostas à reconstrução nacional após o término de regimes autoritários.

O modelo português original foi redimido de seus excessos mediante duas reformas: a de 1982 e, mais recentemente, a de 1989, que alterou partes substanciais da primitiva concepção. Ao mesmo destino revisionista expressamente se propõe a Constituição brasileira, após cinco anos de vigência (artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A criatividade da Assembléia Constituinte — estuário de tendências políticas diferenciadas e sismógrafo de aspirações populares — conduziu a uma solução de consenso que se foi cristalizando, entre avanços e recuos, nas fases de sua elaboração. Dos projetos de 18 Comissões Temáticas e após o filtro de dois projetos do Relator Geral, atingiu o desenho final da Comissão de Sistematização (conotação expressiva da busca da unidade dentro da diversidade).

Na tentativa de firmar o termo médio, aceitável pela maioria, muitas das inovações constitucionais revestiram a forma de preceitos de aplicabilidade diferida.

Em publicação oficial do Ministério da Justiça, sob o título significativo de *Leis a Elaborar* (Brasília, 1989), foram arroladas, caso a caso, disposições constitucionais que demandariam complementação legislativa. São ali relacionados 256 casos em que a Constituição expressamente alude à legislação integrativa, além de outras 87 hipóteses em que a providência está requerida tacitamente.

A ser assim, a atual Constituição seria predominantemente programática, decepcionando esperanças e expectativas.

Em verdade, o dado estatístico levantado repousa, em grande parte, na forma, e não no fundo, dos preceitos constitucionais.

Uma Constituição nova revoga, por inteiro, a Constituição anterior. Não anula, porém, todo o ordenamento jurídico que a precede. A legislação existente permanece válida e eficaz na medida em que não seja incompatível com as normas da nova Constituição. Domina, na hipótese, o princípio de continuidade do ordenamento jurídico, que é fundamental ao equilíbrio estável das relações jurídicas e à garantia dos direitos e deveres constituídos.

Nesse sentido, a doutrina consolidou a chamada *teoria da recepção*: o direito anterior é *recebido* pela nova ordem constitucional, quando com ela se harmonize.

Conseqüentemente, o indicado levantamento, à primeira vista inquietante, não exprime a realidade.

Muitos dos casos que a nova Constituição remete à lei ordinária já estão disciplinados em leis e regulamentos vigentes, que subsistem, embora certamente possam (e em certos casos devam) ser atualizados.

Não há, em suma, o vácuo de mais de três centenas de normas constitucionais pendentes de regulação específica. O número real de preceitos destituídos

de aplicabilidade imediata é muito menor do que aparenta a leitura isolada da Constituição.

É inegável, contudo, que várias disposições da Carta de 1988 — especialmente as que ampliam ou inovam direitos e liberdades — não beneficiam imediatamente aos seus destinatários.

O fenômeno não é, aliás, típico ou peculiar da nova Constituição. Para invocar apenas um exemplo, o art. 157, n. IV da Constituição de 1946 previa a participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar. Mantido, embora, na Constituição de 1967 (art. 158, V) e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 165, V), a participação nos lucros ainda não se tornou realidade decorridos mais de cinquenta anos, por ausência de lei regulamentadora.

A permanência da mora do legislador, que torna inoperante o benefício constitucional, nas diversas hipóteses em que efetivamente ocorre a necessidade de legislação integrativa, a Constituição de 1988 trouxe dois remédios novos, desconhecidos no direito anterior: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção (artigo 5º, n. LXXI e artigo 103, § 2º).

A primeira medida — a declaração de inconstitucionalidade por omissão — tem como fonte o direito português, que acolhe ação constitucional idêntica. A segunda via judicial é criação original, embora tenha como antecedente, de vinculação ao menos terminológica, o *writ* da *injunction*, de antiga presença no direito inglês e norte-americano.

Em que consistem uma e outras dessas novas figuras processuais?

A inconstitucionalidade por omissão somente pode ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal e a legitimidade para propor a ação não é de qualquer povo.

A Constituição enumera, de forma exaustiva, os possíveis autores das ações de inconstitucionalidade em geral, a saber:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V — o Governador de Estado;
- VI — o Procurador-Geral da República;
- VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como a omissão de lei é imputável à inércia do Chefe do Poder Executivo ou dos membros das Casas Legislativas, é lógico concluir-se que a iniciativa da ação de inconstitucionalidade por omissão caberá aos demais titulares do direito de ação.

A norma constitucional brasileira tem como fonte direta e imediata o equivalente preceito da Constituição de Portugal, que serviu de subsídio primeiramente ao Projeto da Comissão Afonso Arinos e, por último, aos trabalhos da Assembléa Constituinte.

A Carta portuguesa de 1976, em seu artigo 279, estabelecia que “quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável”.

O sentido impositivo da recomendação a ser emitida desaparece na reforma constitucional de 1982, devendo o Tribunal Constitucional, verificada a omissão, “dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. E a norma assim redigida permanece na segunda reforma constitucional de 1989.

Assim também é na atual Constituição brasileira. A declaração de inconstitucionalidade por omissão de medida que deva tornar efetiva uma norma constitucional, de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal, não permite ao Judiciário suprir a lacuna, editando preceito que ao legislador incumbe expedir.

Verificada a omissão, o Tribunal — nos termos do § 2º do artigo 103 — dará “ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias” e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O apelo ao Supremo Tribunal Federal pressupõe a existência de direito constitucional cuja eficácia dependa de ato normativo e, por omissão deste, estiver sendo sonegado a seus destinatários.

A omissão não será, assim, tão-somente o silêncio ou inércia legislativa, mas a inobservância de um específico dever de agir. A propósito do modelo português, lembra CANOTILHO que não se trata “de um simples negativo “não-fazer”; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado” (J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 331).

No mesmo sentido pondera o Ministro Carlos Madeira, em acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RHC nº 67.286), invocando princípio do direito penal, que “omitir, no campo do Direito, não é naturalmente *non fare nulla*, mas, sim, não desenvolver uma determinada atividade, contrariamente ao imperativo de uma norma jurídica, isto é, não observar um comando de agir” (decisão de 31.3.89).

A experiência no uso dessa inovação constitucional é praticamente nenhuma. Os poucos casos que chegaram à barra do Supremo Tribunal Federal ainda não alcançaram uma afirmação na jurisprudência, seja quanto ao alcance, seja, sobretudo, quanto à eficiência de possíveis decisões de mérito no sentido de caracterizar a mora legislativa ou administrativa.

A escassez, aliás, é peculiar à singularidade do remédio e à ausência de sanção direta, substituída pela simples advertência de dominante teor político ou moral.

Também no direito português, após cerca de quinze anos de existência, são escassos os casos em que o Tribunal Constitucional tem sido chamado a deliberar.

Outra figura que, na atual Constituição, procura suprir as omissões legislativas, encontra guarida na criação de um novo remédio constitucional, a saber, o mandado de injunção.

Proclama o artigo 5º, n. LXXI da Carta de 1988 que o mandado de injunção será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

A contrário da ação de inconstitucionalidade por omissão, que prevê o apelo ao Judiciário sobre a ausência de lei em tese, o mandado de injunção é medida protetora de um direito subjetivo. Quem o postular estará garantindo a possibilidade de fruir, pessoalmente, o direito ou liberdade a que não estará habilitado enquanto perdurar o silêncio legislativo.

No mandado de segurança ampara-se direito líquido e certo já assegurado na lei. O mandado de injunção pressupõe a inviabilidade do exercício do direito porque faltou a lei que o torne eficaz.

A aproximação terminológica entre o mandado de injunção e o remédio anglo-saxão da *injunction* tem conduzido a equívocos. Em verdade, o instituto processual brasileiro tem contornos próprios que se não confundem com o *writ* inglês ou norte-americano, que são instrumentos de afirmação da lei, mas juízos de *equity*, julgamentos de equidade que visam a suprir a ausência mais ampla de solução legal.

Também no particular do mandado de injunção é ainda incipiente a jurisprudência dos tribunais.

A primeira questão que se colocou ao intérprete foi a de saber se, não existindo ainda lei processual regulando a matéria, poderiam os tribunais tomar conhecimento de ações desse tipo.

Reproduziu-se, na oportunidade, a mesma perplexidade que cercou o nascimento do mandado de segurança, previsto na Constituição de 1934. Até que viesse a ser regulado na Lei n. 191, de 1936, passaram os tribunais a admitir sua imediata impetração, adotando-se, como paradigma, o processo do *habeas corpus*.

Igual diretriz firmou-se, em decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, no sentido da imediata aplicabilidade do remédio do mandado de injunção, com observância análoga do procedimento do mandado de segurança.

Outro ponto, todavia, divide a opinião dos processualistas e constitucionistas.

Qual a prestação judicial diante de comprovada insuficiência de norma que torna inviável o exercício de direito ou liberdade constitucional?

Deverá o Poder Judiciário, tal como na ação de inconstitucionalidade por omissão, declarar a mora legislativa e, por via de consequência, alertar o órgão legislativo para que venha suprir a lacuna?

Poderá o juiz substituir o legislador, editando para a hipótese uma norma que torne eficaz o comando constitucional?

Ou, ainda, deverá o juiz limitar-se a decidir o caso concreto, atribuindo ao titular do direito uma efetiva prestação que venha a obrigar a autoridade pública a atender à pretensão da parte?

Dentre as três opções expostas, o Supremo Tribunal Federal decidiu, à unanimidade, apreciando questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107 (sessão de 23 de novembro de 1989) que a natureza mandamental do remédio constitucional não lhe permite atribuir efeito condenatório, em termos de impor à autoridade um específico comportamento em favor do impetrante. Em suma, para recorrer à terminologia jurídica, a sentença a ser proferida será declaratória, não será constitutiva de direito.

Assemelhando os efeitos dos dois novos instrumentos — a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção — o voto do relator, ilustre Ministro Moreira Alves, conclui no sentido de que, caracterizada a mora regulamentadora, deve ser declarada a lacuna, dando-se ciência ao órgão competente para que venha supri-la. Acrescentou, todavia, outra consideração igualmente acolhida pela unanimidade do Tribunal.

Declarada a omissão lesiva ao direito ou liberdade da parte, poderá, no entanto, o Poder Judiciário determinar que se suspendam os processos judiciais ou administrativos que possa ofender à parte (o que envolve preventivamente o impedimento de serem instaurados), até que venha a ser expedida a norma adequada, eliminando-se a ausência de regulamentação.

Com esta medida de transação, nem passa o Judiciário a legislar, nem fica ao desamparo o direito potencial a uma efetiva medida de proteção ao direito ou liberdade.

Outro ponto relevante sobre o qual já se firmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o de que o pressuposto do mandado de injunção, a saber, a ausência de norma reguladora, desaparece quando se iniciou o processo legislativo pela tramitação de projeto de lei. A iminência de lei se equipara, em suma, à existência de direito legislado.

A finalidade dessas notas informativas, voltadas para um auditório ilustre, porém eclético, dispensa-nos de aprofundar aspectos técnico-jurídicos de que se reveste a matéria.

Desejamos, na síntese dessas observações, acentuar a originalidade da vigente Constituição na tendência de impedir, ou ao menos minorar, que normas programáticas se possam frustrar diante da continuada abstenção legislativa que torne inoperantes garantias e direitos fundamentais.

A par dos remédios processuais, que tem essa precípua destinação, o texto atual da Lei Maior ainda apresenta outros caminhos para fazer valer a Constituição, diante da paralisia do Poder Legislativo pelas vias ordinárias do processo legislativo.

Referimo-nos, primeiramente, à previsão da competência do Chefe do Poder Executivo para editar medidas provisórias, das quais estamos vivendo momento de intensa utilização. Ao tema já dedicamos estudo anterior, no próprio recinto deste Conselho, em julho de 1989 (Carta Mensal, volume 35, n. 412).

Outra figura inédita no direito nacional é a da iniciativa popular de projetos de lei que, por essa forma, permite o suprimento da omissão legislativa.

Trata-se, certamente, de medida excepcional, posto que a Constituição exige, para tanto, no plano federal, o apoio de, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional (atualmente da ordem de setenta milhões) e, mais ainda, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (art. 61, § 2º).

Igualmente, nos Estados é admitida a iniciativa popular, nos termos que a lei determinar e, para os Municípios, consagra-se a iniciativa popular de projetos de lei de interesse municipal específico, mediante manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado (art. 27, § 4º e art. 29, n. XI).

O tempo permitirá ajuizar da adequação de todos estes cuidados do legislador constituinte para fazer valer os princípios e normas da atual Constituição, tão rica de inovações e perspectivas.

Finalmente, voltará às urnas o definitivo julgamento de tantas providências assecuratórias de direitos e liberdades quando, em 1993, o eleitorado for chamado a proferir, pelo processo do plebiscito e da revisão constitucional, a sentença da opinião pública sobre a eficácia e vitalidade da Constituição.