A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS REVISITADA

LUIZ ROBERTO BARROSO

1. Introdução — 2. A frustração constitucional — 3. Efetividade das normas constitucionais. Conceito — 4. Normas constitucionais. Uma classificação. 5. Meios de assegurar a efetividade das normas constitucionais — 5.1. O caminho participativo — 5.2. O caminho jurídico — 5.2.1. Aplicabilidade direta da Constituição — 5.2.2. Inconstitucionalidade por omissão — 6. Conclusões.

NOTA PRÉVIA

Este trabalho é uma versão revista e atualizada de outro que escrevi em 1988 sobre o mesmo tema, e que foi o embrião de meu livro *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas* (Ed. Renovar, 2ª ed., 1993). Com certa obstinação, tenho me dedicado à tarefa de procurar resgatar o caráter normativo do Direito Constitucional, superando a fase em que ele foi convertido em instrumento de retórica, esvaziado de qualquer imperatividade.

Ao longo da história brasileira, sobretudo nos períodos ditatoriais, reservou-se ao Direito Constitucional um papel menor, marginal. Nele buscou-se, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A Constituição de 1988, com suas virtudes e imperfeições, teve o mérito de criar um ambiente propício à superação dessas patologias e à difusão de um sentimento constitucional, apto a inspirar uma atitude de acatamento e afeição em relação à Lei maior.

Já não se vive mais, como ontem, um tempo em que as portarias e os avisos, quando não as meras ordens verbais, pairavam acima da vontade do constituinte. Isto já representa um grande avanço, mas é pouco. Além de restituir ao texto da Constituição o seu papel institucional, é preciso reavivar, também, a sua dimensão científica.

De fato, sem embargo de constituir um domínio marcado por aspectos políticos, o Direito Constitucional tem conteúdo e discurso próprios, que não são os mesmos da Política, da Sociologia ou da militância por causas de qualquer natureza. Mais que isto: Constituição não é plataforma de partido político — onde se inscrevem

aspirações remotas e sonhos diversos — nem é o documento onde a classe dominante expia suas culpas, prometendo o paraíso aos dominados.

Em âmbito jurídico, não há avanço maior do que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos. E isto pela constatação óbvia de que o legislador constituinte é, invariavelmente, mais progressista que o legislador ordinário. Daí por que se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, sem ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais.

Esta tarefa exige boa dogmática constitucional e razoável dosagem de positivismo. Para fugir do discurso vazio, é necessário ir à norma, interpretá-la, dissecá-la e aplicá-la. Em matéria de Direito Constitucional, é fundamental que se diga, ser *positivista* não significa reduzir o direito à norma, mas sim *elevá-lo* à condição de norma, pois ele tem sido menos que isto. Não é próprio das normas jurídicas — e, *ipso facto*, das normas constitucionais — sugerir, aconselhar, alvitrar. São elas comandos imperativos. O resgate da imperatividade do texto constitucional, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste País habituado a maltratar suas instituições.

Em busca desse desiderato, é importante difundir uma concepção do Direito Constitucional dotada de rigor científico, com a apropriada utilização de princípios, conceitos e elementos interpretativos. Esta é a única forma de isolá-lo do que se poderia chamar de *charlatanismo constitucional*, que é o discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível puramente retórico, com vulgaridade e inciência.

Este discurso normativista e "científico" não constitui uma preferência acadêmica ou uma opção *estética*. Ele resulta de uma necessidade histórica. Sem ele, o Direito Constitucional continuaria a ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduz em nenhum proveito para os cidadãos. Sobretudo os que, já desamparados da fortuna, ficam também desamparados da proteção das normas jurídicas.

Faço, todavia, a ressalva pessoal de que, não sendo filosoficamente positivista, espero ainda viver o dia em que, resgatada a densidade jurídica do direito constitucional, possa dedicar-me à atividade mais atraente de combiná-lo e temperá-lo com outros domínios. Não apenas os mais evidentes — política, sociologia, economia —, mas outros mais fascinantes, como a psicanálise, a metafísica, a linguagem.

Lawrence Tribe, professor da Universidade de Harvard, por viver em um país de ampla e vivida soberania constitucional, pôde se conceder o luxo de escrever sobre as relações entre o Direito Constitucional e a Física, em um instigante trabalho intitulado "A curvatura do espaço constitucional: o que a Física moderna pode contribuir para o direito".

A vida acadêmica do Terceiro Mundo, se se pretender engajada e contemporânea, adia para algum lugar do futuro os planos de *viagens* assim sedutoras. Porém aqui, de certo mais do que lá, tantos sãos os caminhos a percorrer, que não há risco de tédio ou ociosidade. Já é um consolo.

1. *Introdução*

A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem um tema que já de algum tempo precisava ser revisitado.

Desde a notável monografia de José Afonso da Silva[1], que remonta a 1968, poucos foram os estudos sistematizados da matéria. Alguns autores, da melhor linhagem, elaboraram cortes parciais que iluminaram aspectos específicos do assunto[2], sem, contudo desvendarem inúmeras questões que, com maior ou menor intensidade, têm concorrido, renitentemente, para a frustração do processo institucional brasilero.

Cabe assinalar que o presente trabalho, conquanto traçado sob uma perspectiva essencialmente jurídica, não se apega a alguns dos postulados da teoria pura do direito, no sentido de afastar todos os componentes e variáveis metajurídicos que permeiam o seu objeto. E assim se procedeu, não por desprezo à valia e cientificidade do pensamento kelseniano, mas porque, metodológica e ideologicamente, optou-se por caminho diverso. Sem embargo, eventuais incursões em áreas mais ligadas à política, à sociologia e à economia tiveram sempre como limite sua repercussão imediata sobre a ciência jurídica, à qual jamais se deixou de reconhecer um objeto próprio, inconfundível com o de outros campos do conhecimento humano.

Descarta-se, assim, eventual objeção de uma já superada ortodoxia positivista, que restringe o papel do jurista ao estudo do direito posto, rejeitando-lhe a função de propor esquemas para o encaminhamento de futuras opções políticas. Decerto é preciso esquivar-se do panfletarismo, atentando, no entanto, como aponta Sérgio Ferraz, que a ciência do direito, ao contrário das ciências exatas, não trata com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista.[3]

Em toda linha de pensamento desenvolvida, rejeitou-se a falsa idéia da neutralidade do jurista, de indiferença ante as decorrências ideológicas que sua adesão científica possa favorecer ou mesmo engendrar[4]. Esta é uma mistificação anacrônica do liberalismo.

2. *A frustração constitucional*

Constituições, como é trivialmente sabido, não nos têm faltado. Antes, pelo contrário, nesta matéria teremos pecado mais pelo excesso do que pela escassez. Em

1 José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", 1ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1968.

2 Anotem-se, em meio a outros, os seguintes autores e trabalhos que versaram proficientemente o tema: Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", São Paulo, ed. Saraiva, 1982; Celso Antonio Bandeira de Mello, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social", tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB, Florianópolis, 1982; Pinto Ferreira, verbete, "Eficácia" da Enciclopédia Saraiva de Direito, São Paulo, 1979.

3 Sérgio Ferraz, "Justiça Social e Algumas Vertentes Autocráticas de Nosso Direito Administrativo", tese apresentada à IX Conferência Nacional da OAB, Florianópolis, 1982.

4 Idem.

conciso e penetrante ensaio, Seabra Fagundes[5] percorreu cada um dos casos de falência da legitimidade do poder na experiência constitucional brasileira, pela inaplicação das normas constitucionais vigentes a cada época.

Assim é que, numa sucessão de percalços, foram editadas, em 172 anos de independência e menos de 100 anos de República, oito Constituições, políticas. Em meio a outras constatações, a experiência revela que a simples existência formal de uma Constituição é de parca utilidade.

Não é difícil comprovar a tese. A Constituição da República do Paraguai — aliás, tal como a brasileira — contém dispositivo declaratório de que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. A realidade, contudo, desmascara com tinturas de crueldade a solene dicção da norma, provendo um modelo político que nem vagamente tangencia o que se pudesse considerar como a expressão da soberania no exercício do poder.

Com igual inutilidade, a Constituição portuguesa, vigente até a "Revolução dos Cravos", de 25 de abril de 1974, previa um longo elenco de direitos e garantias individuais não realizados, num Estado que se organizava de forma policial e repressiva.

E, para que não busquem apenas exemplos externos, cabe penosamente rememorar que no Brasil, nos anos sombrios do início da década de 70, encontrava-se em vigor o § 14 do art. 153 da Carta Federal, que impunha às autoridades o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários. Não obstante isto, centenas de pessoas foram presas arbitrariamente, torturadas e mortas sem qualquer operatividade do preceptivo constitucional.

É que mesmo as ditaduras mais retrógradas, por tributo à virtude, fazem constar das Constituições que outorgam os mais elevados direitos incorporados ao patrimônio político da humanidade. Apenas cuidam de evitar que eles se tornem eficazes e efetivos.

Captando esta realidade com amarga ironia, afirmou C. A. Bandeira de Mello que, se um ser extraterreno, dotado de inteligência, aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e constumes nativos à luz da Constituição de 1969, especialmente do título "Da Ordem Econômica e Social", ficaria surpreso e embevecido com o padrão de civilização que logramos erigir[6].

Convencer-se-ia, à vista do Texto Constitucional, que o principal vetor da nossa ordem econômica e social, ao lado do desenvolvimento, é a justiça social (art. 160, *caput*); bem como que o trabalho é mais valorizado que o capital (art. 160, II); que a propriedade tem uma função social (art. 160, III), e, pois, inexistem latifúndios rurais e especulação imobiliária urbana; que existe repressão ao abuso do poder econômico (art. 160, V); que os trabalhadores percebem salário mínimo capaz de satisfazer às suas necessidades e às de sua família (art. 165, I), bem como participam regiamente nos lucros das empresas (art. 165, V). Tudo sem falar em colônias de férias e clínicas de repouso (art. 165, XVIII).

5 M. Seabra Fagundes. "A Legitimidade do Poder Político na Experiência Brasileira". Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil — Secção de Pernambuco, 1982.

6 Tais comentários, citados de memória, foram feitos em exposição oral no VI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Vitória, 1985.

Todas estas normas, que ressoam preciosamente inócuas, padecem de um mesmo mal: não são tornadas eficazes na prática, nem aplicadas concretamente. Ou seja: por causas que em seguida se procurará identificar e remediar, não se tem realizado efetivamente, no dia-a-dia da vida do cidadão, o ideário constitucional, que se torna, assim, vazio e vão.

3. *Efetividade das normas constitucionais. Conceito*

Ao prefaciar o seu admirável *Tratado de Direito Privado*, averbou Pontes de Miranda, que os "os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos"[7]. A função social do direito é dar valores a estas situações, interesses e bens e regular-lhes a distribuição entre os homens.

As regras de direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático torna jurídicos os bens da vida. Há de identificar-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas, o mundo dos fatos e o mundo jurídico.

Cifrando o objeto de nosso estudo, tem-se que os atos jurídicos — e, *ipso facto*, os atos normativos de todo grau hierárquico — comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da *existência*, o da *validade* e o da *eficácia*.

Não cabe dissertar mais longamente sobre o tema, afeto, na verdade, à teoria geral do direito, senão para dar contornos precisos à terminologia utilizada e evitar que já do rótulo se embaralhem as idéias.

A existência de um ato jurídico — que pressupõe, naturalmente, a sua existência no mundo dos fatos — ocorre quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência[8]. É possível distinguir, dentre estes elementos, os que se poderiam dizer *comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (v.g. agente, objeto e forma) e os que são *específicos* a determinada categoria de atos[9].

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressuposto de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de conseqüência, um ato inexistente, do qual o direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente. Seria inexistente, v.g., uma "lei" que não houvesse resultado de aprovação da Casa Legislativa, por ausente a manifestação de vontade apta a fazê-la ingressar no mundo jurídico.

Existindo o ato, pela presença de seus elementos substantivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua *validade*. Aqui, cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição.

7 Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo I, Rio de Janeiro, Ed. Borsói, 1954, p. IX.

8 A propósito do tema, consulte-se o denso trabalho de Sérgio de Andréa Ferreira, "Invalidade da Norma", in RDP 57-58/147.

9 Idem.

Não basta, por exemplo, para a prática de um ato administrativo, que exista o *elemento* agente público. De tal agente exige-se algo mais, um atributo: que seja *competente*. Por igual, exteriorizado o ato, estará presente a *forma*. Mas esta há de subsumir-se à prescrição legal: verbal, escrita ou pública, conforme o caso. Ou, ainda, não é suficiente que o ato tenha um determinado *objeto*, pois este tem de ser lícito e possível.

Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*.

A ausência dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade.

A *eficácia* dos atos jurídicos constitui-se na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Como anotou José Afonso da Silva[10], tratando-se de uma norma, a *eficácia* jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados.

Cabe distinguir-se da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de *eficácia social* da norma, que se refere, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade, ao "reconhecimento" (AnerKennung) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, os efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento[11]. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos.

Da eficácia jurídica cuidou, superiormente, José Afonso da Silva, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites de tal eficácia. Lastreando-se na lição de Rui Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos[12]. Deliberadamente, ao estudar-lhe a capacidade de produzir efeitos, deixou de lado a cogitação de saber se estes efeitos *efetivamente* se produzem.

Como se vê, tratou-se de uma opção metodológica, e não de uma lacuna. Pois é precisamente este tema que ficou em aberto que se pretende desenvolver. Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, para sua EFETIVIDADE.

Neste passo, atribui-se à eficácia o conteúdo que lhe deu a lição de Kelsen, ao distingui-la da vigência da norma, como sendo "o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, a circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos"[13].

10 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 58.

11 Miguel Reale. "Lições Preliminares de Direito", São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1973, p. 135.

12 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 3, 68 e 253.

13 Hans Kelsen. "Teoria Pura do Direito", 5ª ed., Coimbra, Ed. Armenio Amado, 1979, p. 29-30.

O direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a este desígnio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia[14].

É possível convir, então, que a perspectiva de efetividade da Lei maior conduz a alguns pressupostos, que assim se resumem[15]:

(1) as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de forma tal que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados;

(2) tais posições jurídicas devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática.

4. *Normas constitucionais. Uma classificação*

Em sua obra clássica, já de outras vezes referida, José Afonso da Silva enunciou a célebre divisão tricotômica das normas constitucionais, no que diz respeito à sua eficácia e aplicabilidade. Dividiu-as em:

A. Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata;

B. Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição;

C. Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida (que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático), em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos.

Sem fugir de perspectiva semelhante, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito formularam a sua própria classificação, dividindo as normas constitucionais, "quanto ao modo de sua incidência", em normas de integração e normas de mera aplicação; e, "quanto à produção de efeitos", em normas de eficácia parcial e normas de eficácia plena[16].

Não se faz própria a oportunidade para comentar a valiosa contribuição científica de tais trabalhos, pela indispensável sistematização dos conhecimentos acerca do tema. Aqui, contudo, visa-se a objetivo diverso.

A proposição de uma nova classificação, sob perspectiva outra, não exclui nem diminuiu a elaboração precedente. Ao revés, é tributária da ordenação de princípios e conceitos já procedida e que lhe servem de premissas fundamentais.

Mais próximo da abordagem que se pretende dar — efetividade das normas constitucionais quanto aos direitos fruíveis individual e coletivamente — encontra-se

14 Paolo Biscaretti di Ruffia. "Direito Constitucional", trad. Maria Helena Diniz, São Paulo, Ed. RT, 1984, p. 3.

15 Sobre o tema, embora dirigido para campo específico diverso, veja-se José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da Efetividade do Processo", in Temas de Direito Processual, 3ª série, p. 27.

16 Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito. "Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais". São Paulo, Ed. Saraiva, 1983.

o bem inspirado trabalho de Celso Antonio Bandeira de Mello versando a eficácia das normas constitucionais sobre justiça social[17].

Cuidou ele, naquele estudo, de identificar as distintas posições jurídicas em que os administrados se vêem investidos em decorrência das regras constitucionais. Concluiu, então, que sob este aspecto, as normas constitucionais alocam-se em três categorias distintas:

A. normas concessivas de poderes jurídicos;

B. normas concessivas de direitos;

C. normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

É precisamente com o desiderato de demarcar adequadamente a consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos constitucionais que se esboçam as idéias a seguir apresentadas, configurando uma nova classificação, necessariamente experimental.

Tem-se em vista com ela, sobretudo, reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito aos comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo.

Uma Constituição determina a estrutura do Estado, institui os Poderes, define-lhes a competência, fixa os direitos fundamentais do indivíduo e traça os fins públicos a serem alcançados[18].

Não cabe, neste passo, alongar a discussão sobre o conteúdo material ou substancial das Constituições, senão para reconhecer que no Estado moderno se têm alargado progressivamente as matérias que recebem assento constitucional. Tal fenômeno, que é ambíguo quanto a suas causas e efeitos, guarda a face virtuosa de incorporar ao texto constitucional elementos, direitos e institutos não contemplados numa superada visão "liberal" do Estado; na face reversa, contudo, tem acarretado uma vulgarização do texto constitucional, pela inserção de regras menores, regulamentares, esvaziando a solenidade e permanência da Lei maior.

Consignada a observação e retornando-se à idéia de Constituição averbada no parágrafo anterior, vai-se verificar que toda Lei fundamental apresenta normas da natureza seguinte:

(1) *Normas determinadoras da estrutura do Estado, instituidoras dos Poderes e definidoras de suas competências* (Normas Constitucionais de Organização).

A Constituição, já se disse com propriedade, é o conjunto de normas que *organizam* os elementos do Estado, ou, por outras palavras, normas que se referem "diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política"[19].

17 Ob. cit., v. nota de nº 2.

18 Veja-se, sobre o conceito de Constituição, M. Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", 6ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1984, p. 1 e seguintes.

19 José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 4 e 7.

Há, portanto, uma característica que, embora não seja privativa, é sobremodo peculiar às normas constitucionais, singularizando-as com a estrutura de *normas de organização*, também referidas como "normas de estrutura ou de competência"[20].

Torna-se indispensável, a esta altura, diferenciar as normas de *organização* das normas de *conduta*, distintas que são quanto à sua estrutura, efeitos e hipóteses de incidência.

Todas as regras destinadas a reger comportamentos sociais — vale dizer: a grande maioria das normas jurídicas — possuem uma estrutura dúplice, assim fotografável: prevêem um fato ao qual atribuem uma conseqüência jurídica.

Na linguagem precisa de Reale, tais normas de conduta se estruturaram de maneira binada, articulando dois elementos que se denominam, respectivamente, hipótese (ou fato tipo) e dispositivo (ou preceito)[21]. Ocorrendo, concretamente, o fato previsto em tese pela norma, esta incide e produz os efeitos jurídicos que lhe são próprios, cabendo ao particular fruir ou suportar tais conseqüências. Assim, v.g., quem pratica o fato típico "casar-se", frui e suporta, simultaneamente, todos os efeitos jurídicos do casamento traçados pela lei civil. Ou seja, a norma jurídica é redutível a um juízo ou proposição hipotética.

Intuitivamente, diversos são a estrutura, a incidência e os efeitos do dispositivo constante do art. 2º da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Ou deste outro, que abre a Carta em vigor:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito..."

Ou ainda:

"Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição."

Tais normas, ao contrário das primeiras, não se destinam a disciplinar comportamentos de indivíduos ou grupos, mas, ao revés, visam à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência jurídica ordenada. Arrematando tal pensamento, escreveu Reale[22]:

"Na realidade, as regras que dispõem sobre a organização dos poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos; o que as caracteriza é a *obrigação objetiva de algo que deve ser feito*, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências.

20 Celso R. Bastos e Carlos A. Brito, ob. cit., p. 28.

21 Miguel Reale, ob. cit., p. 120.

22 Idem, p. 115.

Ora, não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, *não há que se falar em hipoteticidade*" (grifos no original).

A existência de tais normas, dirigidas aos três poderes — embora, mais comumente, ao Legislativo — não passou despercebida a Celso Bastos e Carlos Brito, que as ressaltaram como "traços tipificadores do direito constitucional"[23], embora, repita-se, em outras áreas do direito se encontrem normas de tal natureza e estrutura, verdadeiras "sobrenormas", como por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil ou no próprio Código Civil (*v.g.* art. 384).

De parte estas *normas de organização*, é possível assentar-se que os textos constitucionais contêm normas de natureza outra, a assinalar:

(2) *Normas fixadoras de direitos*

Aqui, aporta-se em terreno tormentoso, pela diversidade terminológica, pela amplitude da conceituação do termo *direito* e pelos diversos conteúdos que ele pode efetivamente assumir. 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. A linguagem torna-se, assim, instrumento da obscuridade, as palavras se esvaziam de sentido e o seu conteúdo real desperdiça-se sem proteção.

Agustin Gordillo, condensando os ensinamentos de John Hospers ("Introducción al Análisis Filosofico") e Genaro Carrió ("Notas sobre Derecho Y Lenguaje"), expôs com proficiência a dificuldade trazida pela fluidez da linguagem, que impede uma precisão absoluta nas definições, nas palavras ou nos símbolos, a menos que se construa uma linguagem nova e totalmente artificial. Isto, prossegue o publicista argentino, é o que foi feito pelas ciências exatas e o que até agora não pôde fazer o direito[24].

Por tal arte, avultam as perplexidades no que concerne à utilização de termos — e dos respectivos conceitos — tais como situações jurídicas subjetivas, direitos subjetivos, interesses legítimos, direitos potestativos, faculdades, poderes e outros.

Seria imprescindível, não fosse impossível em trabalho desta natureza a extensão, que se procedesse à definição de tais termos, não pela pretensão de serenar a turbulência doutrinária, mas para que se estabelecesse, por convenção, o rótulo que identifica cada um dos conceitos utilizados.

Rendendo-me, todavia, à inviabilidade ocasional de tal empreitada, devo esclarecer que utilizar-se-á como idéia central do tópico ora desenvolvido a concepção mais correntia de *direito subjetivo*, desprezando-se as variações de menor ou maior sutileza em torno do tema e averbando meu entendimento de que mesmo esta noção, tomada por empréstimo ao direito privado, encontra-se à espera de sua versão publicizada.

Ao procurar reduzir a uma categoria específica as normas atributivas (ou de-

23 Celso R. Bastos e Carlos A. Brito, ob. cit., p. 33.

24 Agustin Gordillo. "Princípios Gerais de Direito Público", São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 2 e seguintes.

claratórias) de direitos, pretendo cifrá-las aos preceitos que ensejam ao indivíduo, de plano, independentemente de normatização ulterior, situações jurídicas ativas ou de vantagem, imediatamente desfrutáveis e exigíveis, assim do Estado como de outro eventual destinatário da norma.

Desbordando para um campo mais metodológico do que propriamente científico, afigura-se inteiramente desejável que a Constituição reserve o vocábulo *direito* às situações que se caracterizem por sua pronta exigibilidade, correspondendo a um dever jurídico, realizável por prestações positivas ou negativas.

Estaria, assim, desfeita a ambigüidade de se ter na Constituição, sob a mesma designação de "direitos", hipóteses que investem o jurisdicionado em posições jurídicas inteiramente distintas. E o que é mais grave: sem que muitas vezes seja possível extrair-se, da leitura da norma, qual a exata potencialidade de tais posições jurídicas, no que concerne à exigibilidade dos "direitos" proclamados.

Tomem-se como exemplos as regras contidas no inciso LXI do art. 5º — direito de não ser preso arbitrariamente — no inciso XXII do art. 5º — direito de propriedade — e no inciso III, *b*, do art. 150 — direito de não sofrer imposição tributária inobservante do princípio da anterioridade. Em todos estes três casos resulta para o indivíduo uma posição juridicamente consistente, que impõe um dever de abstenção do Estado ou de particulares, e investem-no no poder jurídico de exigir tal prestação negativa.

Confira-se, ainda, o inciso XXXV do mesmo art. 5º, que assegura o direito de ação, correlato do dever do Estado de prestar jurisdição, ensejando ao indivíduo a exigibilidade de uma prestação positiva.

Em cada um destes casos, a norma constitucional investe o indivíduo em uma posição jurídica robustecida, da qual lhe resulta o poder de exigir determinada prestação do Estado ou do particular.

Analise-se, de outra parte, o "direito" que vem previsto no art. 368 do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 368. É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar."

Assumindo, hipoteticamente, que tal dispositivo se houvesse incorporado à Constituição, ninguém ousaria discordar que este "direito" à moradia não investe o indivíduo numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores. Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal Texto, todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previstos na norma teria ação contra o Poder Público para recebê-la.

Seria insensato supor que este tenha sido o objetivo da norma. Logo, tem-se de admitir que ela visou coisa diversa do que a de investir cada indivíduo no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação positiva do Estado. Se assim é, porque não poderia ser diferente, verifica-se que o vocábulo direito recebeu conteúdo variado e enseja efeitos diversos em cada uma das normas apreciadas.

Este exemplo é extremo. Outros, no entanto, sujeitam o intérprete a uma incerteza grave e indesejável. Vejam-se algumas situações que se configuravam sob o regime da Carta de 1969. Por primeira hipótese, tome-se a conjugação do art. 176,

caput, da Carta de 1969 — "A educação ... é direito de todos e dever do Estado" — com o inciso II do § 3º, do mesmo artigo:

"II. O ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais".

De qual dos "direitos" se está aqui tratando? Dos da segunda espécie, valendo a norma como um programa a ser progressivamente implementado ao talante do Poder Público? Ou, ao revés, poderia um chefe de família carente, em região onde não haja uma escola pública, exigir que o Estado custeasse os estudos de seu filho de dez anos em uma escola privada?

Parece-me, definitivamente, que a segunda posição é a correta. Mas este entendimento não seria minimamente pacífico.

Por igual, a EC nº 12, de 17.10.78, assegurava "aos deficientes... educação especial e gratuita". Qual a posição jurídica do deficiente que não auferisse o benefício *assegurado* pela norma constitucional? Poderia exigi-lo ou deveria aspirar a que o Poder Público, em algum tempo não muito longínquo, viesse a satisfazê-lo?

Verifica-se, assim, que é inafastável, para segurança do jurisdicionado e orientação do intérprete e aplicador da lei, que se estremem, sem margem a dúvidas, as diferentes situações que resultem para o indivíduo do comando constitucional. Assim, onde se lhe assegurar um *direito*, saber-se-á que se encontra ele investido no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo deixar de satisfazê-la. Onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada, por via direta ou indireta, a palavra direito.

A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência..." (inciso II). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a *declaração* de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema *direito individual — dever do Estado* configuram, da mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.

Fique bem clara a posição que adotamos: direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridi-

camente, isso não existe[25]. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. Já demonstramos o desacerto desse ponto de vista (v. *supra*, cap. IV, item 1). Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo, no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito. Fundar-se-ia em um raciocínio estruturado de forma assemelhada a esta: a Constituição está no vértice do sistema jurídico. O sistema jurídico é um sistema lógico. Uma regra que preceitue um fato que de antemão se saiba irrealizar, viola a lógica do sistema. Não pode, portanto, integrá-lo validamente.

Duas observações se fazem oportunas antes do desfecho deste tópico:

(1) Quando se reduz a uma determinada categoria as normas fixadoras de direitos, reconhecidos como direitos subjetivos, não se está a significar que as normas dos outros dois grupos não possam igualmente criá-los. O critério utilizado foi o da predominância ou, antes, o da proeminência do aspecto versado na norma.

Assim, por exemplo, quando uma norma de organização define a competência municipal para desempenho de determinada atividade está, reflexamente, investindo o Município no direito subjetivo de exercê-la, donde lhe resulta o poder jurídico de exigir a abstenção da União ou do Estado, se estas entidades, a qualquer pretexto, invadirem-lhe a competência. Também geram direitos subjetivos as normas do terceiro grupo, que a seguir serão examinadas.

(2) A idéia de reservar-se à palavra *direito*, no texto constitucional, uma acepção unívoca, identificadora de uma específica posição jurídica, não é a única forma de atingir-se o objetivo de distinção entre as situações imediatamente tuteláveis e as demais.

Com efeito, a Constituição da Espanha de 1978 adotou fórmula diversa. Assim é que dedicou o capítulo II do Título I ao que denominou "direitos e liberdades", que se identificam, de forma muito próxima, com o "direitos e garantias individuais" contemplados no art. 5º da Carta brasileira vigente. E, no capítulo III seguinte, cuidou dos "princípios diretivos da política social e econômica", assegurando "direitos" de matizes diversos, correspondentes ao que a doutrina nacional reconhece como "direitos sociais", e que no nosso Texto vêm precipuamente contemplados nos arts. 6º a 11 do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e no Título VIII (Da Ordem Social).

No art. 53, todavia, a Carta espanhola estremou as situações, ao preceituar que os direitos "reconhecidos no capítulo II" eram tuteláveis perante os tribunais em procedimento sumário, ao passo que os do capítulo III somente poderiam ser invocados "nos termos das leis que lhes derem desenvolvimento".

Tal fórmula, contudo, abriga um aspecto negativo indesejável: impede a eficácia plena e aplicabilidade imediata de toda e qualquer norma concessiva de direitos sociais, subordinando-os, sem exceção, ao legislador infraconstitucional. Sem adiantar, ainda, a discussão sobre a omissão do Legislativo em regulamentar direitos

25 Excluem-se, aqui, hipóteses como as das denominadas obrigações naturais (v. C. Civil, art. 970. V. Caio Mario da Silva Pereira, "Instituições de Direito Civil", vol. II, 1978, p. 35).

assentes na Constituição, parece-me que inúmeros direitos sociais são desfrutáveis e exigíveis independentemente de integração legislativa.

Assim, por exemplo, se a Lei fundamental contempla os trabalhadores com a estabilidade no emprego ou com o repouso semanal remunerado, assegurou-lhes direitos de plano exercitáveis, inexistindo qualquer razão para que fiquem condicionados a futura normatização.

É certo, contudo, que existem verdadeiros direitos, na acepção que aqui se lhes vem dando, que não prescindem da atuação do legislador ordinário. Neste caso, anteriormente ao desfrute do bem jurídico acenado constitucionalmente, surge um direito subjetivo diverso para o beneficiário da norma: o de ver regulamentada, de forma adequada, a situação jurídica desenhada na Lei maior, exigível do Poder Legislativo. Adiante se voltará a este ponto.

Averbe-se, por fim, que, para que tal proposição possa realizar-se eficazmente, é preciso ter em conta a advertência de Eros Grau, de que a Constituição não deve contemplar promessas inexeqüíveis, seja do ponto de vista social, seja economicamente. Consagrar-se, em sede constitucional, promessas vãs, antecipadamente frustradas, retira a seriedade de um documento fundamental, transformando-o em "mero instrumento de dominação ideológica[26].

Volvendo ao conceito de Constituição delineado anteriormente, é de se verificar que as Leis fundamentais modernas apresentam, ainda, normas desta última natureza:

(3) *Normas delineadoras de um fim a ser alcançado ou de um princípio a ser observado, sem especificar condutas a serem seguidas (NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS).*

O Estado, como criação da razão humana, destina-se à consecução de determinados fins. Embora se possa identificar como fim geral do Estado e a realização do bem comum, como notou Dalmo Dallari[27], existem outros tantos objetivos específicos, contingenciais ou de maior permanência, que inspiram — ou devem inspirar — a atuação do poder público a cada época.

Na esteira do Estado intervencionista, surtido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se às Constituições modernas, ao lado dos direitos individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social, protegendo o indivíduo, não apenas em face do poder do Estado, como também contra o poder econômico e os desequilíbrios dele advindos.

Surgem, assim, disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas, no entanto, limitam-se a estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público.

Na Constituição de 1988, partilham dessa natureza, *v.g.*, o dispositivo que

26 Eros Roberto Grau. "A Constituinte e a Constituição que Teremos", São Paulo, Ed. RT, 1985, p. 44 e 46.

27 Dalmo de Abreu Dallari. "Elementos de Teoria Geral do Estado", 7ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, p. 95.

consagra a "função social da propriedade" (CF, art. 170, III), o que estabelece que "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193) e o que determina que o Estado "apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" (art. 215).

Tais normas, que José Afonso da Silva situa entre as de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, são usualmente nominadas *normas programáticas*, conceituadas por Pontes de Miranda como "aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função"[28].

Como observou C. A. Bandeira de Mello, relativamente a tais normas, a posição jurídica dos administrados é menos consistente que nos casos anteriores, pois não lhes confere fruição alguma nem lhes permite exigir que se lhes dê o desfrute de algo. Remarque-se a idéia: as regras desta categoria apenas explicitam fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los. Por tal razão, não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada[29].

Sem embargo, seria errôneo supor que tais regras não sejam dotadas de qualquer valia. Calha relembrar que José Afonso da Silva demonstrou, com exaustão, que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia jurídica, ainda quando esta irradiação de efeitos nem sempre seja plena, comportando uma graduação.

Não é difícil demonstrar este teor de eficácia jurídica das normas programáticas, assim como os meios de sua efetivação.

Tais normas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar a atuação do legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável, em cada caso, pela instância competente.

Delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo "negativo" de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames[30].

Em palavras de C. A. Bandeira de Mello, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a[31]:

"(a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional;

(b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretações e decisão orientadas no

28 Pontes de Miranda. "Comentários à Constituição, com a Emenda nº 1, de 1969", tomo I, São Paulo, Ed. RT, 1969, p. 126 e 127.

29 Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 18 e 29.

30 Veja-se a este propósito, Rosah Russomano. "Das Normas Constitucionais Programáticas", in Tendências Atuais do Direito Público, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1976, p. 267 e seguintes.

31 Celso Antonio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 19.

mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras."

Por derradeiro, consigne-se uma distinção nem sempre traçada adequadamente por muitos autores. O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática.

Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao "seguro desemprego" em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado" (CF, art. 226).

No primeiro caso, existe um verdadeiro direito, tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na "desproteção" da família.

5. *Meios de assegurar a efetividade das normas constitucionais*

Passa-se ao largo, neste estudo, da crítica ao Estado burguês — apresentado como o Estado neutro, árbrito dos conflitos, constituído sob uma fórmula de compromisso entre o capital e o trabalho e colocado acima das classes —, por ser outro o seu objeto[32]. A amarga dose de hipocrisia que permeia tal realidade estatal não leva, nestas linhas, à sua negação, mas à tentativa de neutralizar-lhe a insinceridade originária. Busca-se, assim, sistematizar os mecanismos diversos de exigência do cumprimento do "compromisso" constitucional, subvertendo sua inspiração falaciosa em uma atuação real e efetiva.

Não passou despercebido à arguta sensibilidade de Dallari o processo de transformação que levou ao atual Estado burguês — o Estado social de direito. Captou ele, assim, o fato de que, "chamado primeiramente a intervir para assegurar a justiça social, contendo os abusos das grandes forças político-sociais, o Estado foi primeiramente combatido por essas forças, as quais, entretanto, verificando a inevitabilidade da intervenção, mudaram seu comportamento procurando dominar o Estado e utilizá-lo a seu favor, gerando uma nova espécie de intervencionismo"[33].

Superando, ou, ao menos, deixando de lado esta contradição fundamental, cabe averbar que, em um Estado de direito, o intérprete maior das normas jurídicas e titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos é o Poder Judiciário. Usando tal referência, desdobram-se em dois os caminhos a percorrer, no sentido de ensejar a efetivação dos comandos constitucionais.

O primeiro deles, que denominei PARTICIPATIVO, liga-se, essencialmente, à

32 Recomenda-se, contudo, sobre o tema — já versado por quase todos os autores marxistas — o trabalho de Paulo Bessa: "Uma Nova Introdução ao Direito", Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1986, p. 87 e seguintes.

33 Dalmo de Abreu Dallari, ob. cit., prefácio.

atuação fiscalizadora da sociedade civil, por seus diferentes organismos. O segundo, identificado como JURÍDICO, consiste na utilização e esgotamento do receituário legal disponível para tutela jurisdicional dos direitos constitucionais. Analise-se cada um deles.

5.1. *O caminho participativo*

O ocaso da fase mais radical do autoritarismo político no Brasil coincidiu com o surgimento de uma nova força política, difusa, atomizada, organizada celularmente, mas importantíssima: *a sociedade civil*. Diante da obstrução dos canais institucionais de participação política — notadamente os partidos políticos — fortaleceram-se e multiplicaram-se as entidades de organização setorial. Assim, à atuação de organismos como a OAB, vieram progressivamente somar-se as comunidades eclesiais, os movimentos de mutuários, de negros, femininos, ecológicos, moradores etc., além dos sindicatos revitalizados.

Conforme noticia Norberto Bobbio, a expressão *sociedade civil* assumiu diversos significados no curso do pensamento político, desde os jusnaturalistas até Gramsci, passando por Rousseau, Hegel, Marx e outros[34]. Na significação que aqui se lhe está dando, e que se tornou corrente na atualidade, designa o conjunto de indivíduos, grupos e forças sociais que atuam e se desenvolvem fora das relações de poder que caracterizam as instituições estatais.

A sublimação da sociedade civil, na extensão que atualmente se constata, é um fenômeno que se caracteriza pelo ineditismo. É que a sociedade brasileira, historicamente, gravitou em torno do *oficialismo*. As bênçãos do poder estatal sempre foram — ressalvadas as exceções que confirmam a regra — a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar.

Este é um traço marcante do caráter nacional que veio do Império, exacerbou-se na República Velha, atravessou o Estado Novo e vem até os tempos modernos.

Na política sempre foi assim, como agudamente captou Raymundo Faoro[35].

"A verdade eleitoral não sairia da lei, como queriam os estadistas; mesmo depurada com honestidade, traria à tona o próprio país, com o eleitorado obediente ao governo, qualquer que fosse este, uma vez que fosse o poder que nomeia, que possui as armas e o pão."

No campo econômico, por décadas a fio, foi o fomento estatal que patrocinou a opulência dos produtores de café, numa política que atrasou o desenvolvimento nacional pelo incentivo à monocultura e a dependência dos mercados externos. Desde então, sugava-se do Estado o financiamento para o lucro certo, apropriado privadamente, e repassava-se-lhe o *déficit*, a ser partilhado por todos.

E por fim, quando a questão social deixara de ser caso de polícia, para converter-se em questão política, lá estava o Estado tutelando os trabalhadores, infiltrado

34 Norberto Bobbio. "Dicionário de Política", Brasília, Ed. UnB, 1986, p. 126 e seguintes.

35 Raymundo Faoro. "Os Donos do Poder", vol. I, 5ª ed., Porto Alegre, Ed. Globo, 1979, p. 343.

nos sindicatos, no patrocínio de mais uma das disfunções institucionais brasileiras: o *peleguismo*.

Diante de tais antecedentes, é impossível exagerar a importância da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus direitos, fazendo nascer um país que tem vida própria fora do oficialismo, da estabilidade tantas vezes opressiva.

Este, portanto, o primeiro componente da via participativa de controle da efetividade das normas constitucionais: a fiscalização atuante dos órgãos da sociedade civil, cobrando o cumprimento da Constituição e das leis, indo desde a pequena ação comunitária até as grandes questões.

Advirta-se que esta via participativa não se reduz a uma atuação estritamente política. Comporta, ao revés, a utilização de instrumentos jurídicos e a intervenção do Poder Judiciário, por provocação dos interessados.

A ação popular, contemplada no inciso LXXVIII do art. 5º do texto constitucional em vigor, e regulada pela Lei nº 4.717/65, é um destes instrumentos jurídicos. Conquanto destinada especialmente à invalidação de atos lesivos ao patrimônio público, enseja o controle jurisdicional não apenas dos atos causadores de prejuízo pecuniário, como também dos que lesem bens imateriais ou refratários a uma avaliação em termos da moeda[36].

Presta-se a ação popular à tutela, em muitos casos, dos assim chamados interesses difusos — em contraposição aos individuais e coletivos —, que são aqueles que não repousam necessariamente sobre uma *relação-base*, sobre um vínculo jurídico bem definido que congregue os interessados[37].

José Carlos Barbosa Moreira, em valioso ensaio sobre o tema, arrolou alguns casos concretos em que se recorreu à ação popular[38]. Assim é que, por essa via, pleiteou-se a anulação do ato que aprova o projeto de construção do aeroporto de Brasília, pelo fundamento de que ele não se harmonizava com a concepção estética que inspirava a edificação da nova capital. Noutro caso, impugnou-se a legitimidade de atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, sob a invocação de que se desfiguraria local de beleza paisagística. Em São Paulo, propôs-se ação popular destinada a impedir a demolição de edifício de valor histórico para em seu lugar erigir-se uma estação de metrô. Enfim, os exemplos se multiplicam, sem que haja necessidade de enunciá-los mais longamente.

Cabe consignar a conveniência de se ampliar a legitimação ativa para utilização deste remédio, visto que a cláusula constitucional restritiva — "qualquer cidadão" — impede a propositura da ação por pessoas jurídicas. É bem de ver, no entanto, que, muitas vezes, um sindicato ou uma associação, por exemplo, encontram-se melhor aparelhados para a iniciativa, sem mencionar que a impessoalidade de tais

36 A propósito do assunto, veja-se José Carlos Barbosa Moreira. "A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos", in Temas de Direito Processual, São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 115 e seguintes.

37 Idem, p. 112.

38 Idem, p. 116.

entes serve para diluir os ônus e responsabilidades da medida, que podem tornar-se excessivos para um único indivíduo.

Ajunte-se à ação popular um novo remédio, introduzido pela Lei nº 7.347, de 24.07.85, que disciplina a *ação civil pública* de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Esta nova ação, que se tem revelado especialmente eficaz, foi constitucionalizada pela Carta de 1988, no art. 129, III, onde se lê:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

.....

III. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

Destaque-se, nesta nova ação, o papel singular desempenhado pelo Ministério Público, que nela sempre oficia, ora como autor exclusivo, ora em litisconsórcio com os co-legitimados, ora como parte imparcial[39]. Na disciplina deste instituto, solucionou-se adequadamente a questão da legitimação *ad causam*, que foi estendida, também, à União, aos Estados, aos Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações. O "anteprojeto Arinos" havia dado a este instrumento assento constitucional, ao dispor no § 2º do art. 36:

"§ 2º. É assegurada a legitimação do Ministério Público e de qualquer do povo para a ação civil pública, visando à proteção dos interesses sociais a que se refere o presente artigo."

Tenho para mim que o conjunto dos organismos da sociedade civil, aí incluídas todas as diferentes formas de associação, a Igreja, a Imprensa[40], às quais adere, em múltiplos aspectos de sua atuação, o Ministério Público,[41] deve ser alçado, ainda que sem uma posição orgânica, à condição de um *quarto poder*, imprescindível à democracia, e que se constitui do *conjunto de organismos formais e informais de fiscalização do Estado por parte da sociedade*.

Não há efetividade possível da Constituição sem uma cidadania participativa.

39 Veja-se, sobre o tema, Ada Pellegrini Grinnover. "As ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores", Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 1986.

40 A Imprensa, sua liberdade indispensável e o seu papel, constitui um tema à espera de um autor. O direito de ser informado honestamente — também um direito essencial — é freqüentemente frustrado pelos meios de comunicação, que servem, tantas vezes, alternadamente, ao seu proprietário, a grupos econômicos ou ao Estado (com seus "subsídios" velados ou ostensivos).

41 Não incluí o Tribunal de Contas, instituição que precisa ser revista e repensada. Amesquinhados pelos governantes, que deles se utilizam para aquinhoar apaniguados diletos (feita, naturalmente, exceção a pessoas honradas que os integram), os Tribunais de Contas têm contribuído muito pouco para a elevação da moralidade administrativa do país. Ainda que sem extingui-los, é hora de buscar-se fórmula diversa de fiscalização financeira e orçamentária. A implantação de um sistema de auditoria privada, sob a supervisão do Poder Legislativo, poderia ser uma alternativa interessante, num país em que a malversação de fundos públicos está longe de ser uma exceção eventual.

Há lugar, ainda, no que concerne ao controle "participativo" da efetividade das normas constitucionais, para o *ombudsman*, ou Defensor do Povo ou Ouvidor-Geral, desde que se lhe dê efetiva competência e independência.

Veja-se que a ordem jurídica, como já afirmamos em outro estudo[42], na generalidade das situações, é instrumento de estabilização, e não transformação. Sem deixar de reconhecer-lhes um ocasional caráter educativo, as leis, usualmente, *refletem* — e não promovem — conquistas sociais longamente amadurecidas no dia-a-dia das reivindicações populares.

A manipulação das normas jurídicas não é artifício adequado para que se saltem etapas históricas, e é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio social cristalizado. Ilustre-se a tese com um exemplo.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei estadual nº 962/86 vedou a discriminação das empregadas domésticas no acesso aos edifícios residenciais. Tal diploma, de louvável inspiração e alcance, não se tornou efetivo, pela singela razão de que não foi precedido de uma conquista social, sequer de uma reivindicação mais articulada que lhe desse lastro político. Em contraponto, veja-se que não obstante o Decreto-lei nº 1.632/78, que define as "atividades essenciais" em que é excepcionado o direito de greve, inúmeras categorias nele previstas têm recorrido às paralisações de trabalho, ante o evidente descompasso entre a norma e o avanço político do movimento sindical.

Contudo, em expressiva medida, as normas programáticas refogem a este esquema desenhado. É que elas têm por característica, justamente, esboçar situações idealizadas, prevendo bens jurídicos ou utilidades a serem alcançadas, progressivamente, mediante a atuação dos poderes estatais. Estes, naturalmente, por administrarem recursos escassos, hão de eleger prioridades, e é neste ponto que as formas legítimas de pressão da sociedade civil se tornam decisivas. Na pertinente observação de Canotilho, "o fato de a lei constitucional fornecer linhas e programas de ação política não pode nem deve substituir a luta política"[43].

5.2. *O caminho jurídico*

Como se advertiu parágrafos atrás, também a atuação timbrada como sendo a via participativa comporta a utilização de remédios jurídicos. Todavia, nela se procurou agrupar os métodos de atuação que pressupõem uma certa articulação de indivíduos, uma mobilização de um ou vários setores da sociedade para realização de um objetivo político imediato.

Sob a rubrica "caminho jurídico", enfatiza-se um aspecto mais técnico, ligado à interpretação e aplicação do direito. Cuida-se de apreender o verdadeiro alcance daquelas situações que geram posições dedutíveis perante o Poder Judiciário, como órgão apto a proporcionar a realização dos comandos constitucionais ante a omissão dos demais órgãos do Poder Público.

C. A. Bandeira de Mello demonstrou, com proficiência, a ampla potencialidade

42 V. Luís Roberto Barroso. "A Igualdade perante a Lei. Algumas reflexões", in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 38/64.

43 José Joaquim Gomes Canotilho. "Direito Constitucional", 4ª ed., Coimbra, Ed. Almedina, 1986, p. 71.

abrigada no próprio texto constitucional de 1967/69, inteiramente insuspeito de exageros progressistas. Deixou acentuado o dever do jurista de perquirir no sistema normativo, até a exaustão, todas as possibilidades aí abertas em prol do atendimento de valores sócio-culturais incorporados ao patrimônio da civilização e abrigados nas Cartas contemporâneas[44].

Cuida-se, como assinalamos anteriormente, de subverter em resultados efetivos as proposições eternamente inócuas da Lei maior, reavivando-as na prática dos Poderes Públicos, inclusive — e sobretudo — pela intervenção do Poder Judiciário. Cabe distinguir, para esse efeito, duas situações diversas: (a) as que devem ser prontamente exigíveis pela aplicação direta do texto constitucional; e (b) as que não prescindem de legislação infraconstitucional integradora para deflagração da plenitude de seus efeitos.

5.2.1. *Aplicabilidade direta das normas constitucionais*

As disposições constitucionais, já se demonstrou, são normas jurídicas, dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a serem efetivadas independentemente de normação ulterior. Conquanto isto pareça uma obviedade, tem sido ela tão longamente negligenciada que diversas Constituições modernas se viram na contingência de declarar expressamente a aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.

Assim faz a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em seu artigo 1º, item 3, ao estatuir:

"Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário."

Por igual, a Constituição portuguesa, em seu art. 18, item 1, lavrou:

"Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."

Seguindo diretriz análoga, a Comissão de Estudos Constitucionais fez constar de seu anteprojeto o dispositivo seguinte:

"Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata."

Ainda quando se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece bem a sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, quando não o façam espontaneamente os destinatários do comando, há de ser o Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo Juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil[45]:

44 Ob. cit., p. 5 e seguintes.

45 Este, também, o entendimento de Eros Roberto Grau (v. "A Constituição Brasileira e as Normas Programáticas", in Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº 4, p. 46).

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito."

Forçoso é concluir, assim, que muitos direitos deixaram de tornar-se efetivos por omissão da parte e de seus advogados, aos quais faltou alguma dose de ousadia para submeter à tutela jurisdicional pretensões fundadas diretamente no Texto constitucional.

Feitas estas considerações, vejamos como surte a aplicação direta ou imediata das normas constitucionais de cada uma das categorias classificadas no item IV deste estudo: *normas de organização; normas fixadoras de direitos e normas programáticas.*

A parte organizatória da Constituição — que contém algumas decisões políticas fundamentais, *v.g.*, quanto à forma de Estado, à forma e ao sistema de governo — consubstancia-se, basicamente, em normas de eficácia plena, ou seja, de aplicação direta e imediata. Não escapou à pena sensível de José Afonso da Silva que estas normas auto-aplicáveis incrustavam-se "predominantemente" entre as regras organizativas de poderes estatais[46].

Com efeito, como bem intuiu Canotilho, "se o constitucionalismo nem sempre compreendeu o sentido do valor normativo da Constituição, não deixou nunca de considerar que a lei constitucional criava, coordenava e separava, de forma direta e imediata, um sistema de poderes e órgãos constitucionais[47].

Na Carta em vigor, são exemplos de normas de organização de eficácia plena e aplicabilidade imediata as seguintes:

A. "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" (art. 44);

B. "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado" (art. 76);

C. "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 2º);

D. "Compete aos Municípios... legislar sobre assuntos de interesse local" (art. 30, I).

Tomem-se os últimos dois exemplos para demonstrar que as normas de organização, a despeito desta natureza, também se efetivam gerando situações jurídicas de vantagem para os indivíduos. Assim é que se agente de um dos Poderes estabelecer imposição restritiva a um particular, em matéria que seria de competência de órgão ou agente de outro Poder, poderá o prejudicado opor-se a tal medida em sede judicial, *v.g.*, pela impetração de mandado de segurança. Da mesma forma, se uma lei estadual disciplinar tema de interesse local, poderá o indivíduo afetado furtar-se à sua obser-

46 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 94.

47 José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 134. Assinale-se, contudo, que a parte orgânica da Constituição contém comandos a serem posteriormente desenvolvidos pelo legislador ordinário, enquadrando-se dentre as que José Afonso da Silva denomina de normas de eficácia contida, definidoras de princípio institutivo, visto que se limitam a prever esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade.

vância, por inconstitucional, ou buscar pela via judicial que lhe convenha o reconhecimento incidental do vício.

É, contudo, no tocante às normas definidoras de direitos que a questão da efetividade das normas constitucionais, por sua aplicação direta e imediata, se torna mais relevante.

De parte os direitos políticos, as Constituições contemporâneas costumam reconhecer aos indivíduos duas outras espécies de direito: *individuais* e *sociais*. Os primeiros traçam a esfera de proteção das pessoas em face do poder estatal, os outros, visam à elevação de suas condições materiais e espirituais, direcionados à justiça social e demais valores transcendentes.

Afora os períodos de disfunções institucionais — que, tragicamente, não têm sido poucos — os direitos individuais têm tido melhor sorte em sua proteção pelo Poder Judiciário. Traduzindo, essencialmente, a exigibilidade de uma abstenção por parte do Estado, são fartos e corriqueiros os exemplos de impugnação judicial dos atos administrativos e legislativos que vulneram a área demarcada de proteção.

De fato, são trivialmente encontradiços feitos em que o jurisdicionado resguarda o seu direito de propriedade, mesmo em face do Poder Público; e aqueles em que se subtrai dos tributos inobservantes do princípio da anterioridade; ou, ainda, aqueles nos quais se relaxa uma prisão ilegal.

Trajetória mais ingrata têm percorrido os direitos sociais. Uma das dificuldades que enfrentam é que, freqüentemente, vêm eles encambulhados com as normas programáticas, sem que se possa prontamente discriminar as hipóteses em que existem prestações positivas exigíveis. Daí a relevância do asserto feito no item III deste estudo de que a Constituição deve reservar o termo *direito* para as situações que investem o administrado, plenamente, num poder de ação para satisfação do interesse contemplado no Texto.

Pretende-se demonstrar, assim, que existem na Constituição em vigor *direitos sociais* que configuram direitos subjetivos públicos, pronta e diretamente exigíveis. Percorram-se alguns exemplos.

(1) "A educação, direito de todos e dever do Estado ..." (art. 205, *caput*), será efetivada "mediante a garantia de ensino fundamental, obrigatório e gratuito..." (art. 208 e inciso I).

Os dispositivos acima são em tudo análogos aos que vinham gravados na Carta de 1969, no art. 176 e seu § 3º, II. Eles asseguram o "direito", impõem o "dever" do Estado e ainda especificam a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental. Daí que, desde o regime anterior, só por falta de seriedade em relação à Carta fundamental se poderia dar a tais preceitos a inteligência de que não investem o indivíduo em qualquer exigibilidade de conduta em face do Estado.

Ainda quando o responsável por uma criança economicamente pobre, em idade de receber ensino fundamental, não pudesse exigir do Estado a construção de uma escola pública, pode — e deve — exigir uma prestação substitutiva: que o Poder Público custeie o estudo deste menor em uma escola privada existente na área.

Tome-se, por empréstimo, para fim de comparação, um outro exemplo colhido no regime constitucional anterior. A Emenda Constitucional nº 12, de 17 de outubro de 1978, estabelecia:

(2) "É *assegurada* aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica, especialmente mediante educação especial e gratuita" (EC nº 12/78, artigo único, inciso I).

Se desejasse, tão-somente, instituir um programa de ação futura, o constituinte derivado consignaria que "o Poder público atuará no sentido de propiciar ao deficiente físico, progressivamente, educação especial e gratuita". Ao optar pela locução "É assegurada", por certo investiu o deficiente que não tenha recursos no poder de exigir do Estado educação especial, quer numa clínica pública, quer numa entidade particular, a expensas do tesouro público.

Não há como fugir deste ponto de vista. Se ele não é viável — e me parece que é —, simplesmente a Constituição não deve acenar, sob a feição de um direito, com algo que não é seriamente realizável, sob pena de desacreditar-se. *Direito social* é uma coisa, *política social* é outra. São órbitas distintas que geram efeitos diversos.

Outros direitos sociais são, do mesmo modo, prontamente exercitáveis, gerando o desfrute imediato e positivo de determinados benefícios e a possibilidade de exigi-los. Diversos deles, é de se anotar, já se tornaram efetivos, como, *v.g.*: jornada de trabalho de oito horas (art. 7º, III); férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII); aposentadoria da mulher aos trinta anos de trabalho (art. 40, III, a), dentre outros.

Por fim, vejamos em que limites as *normas programáticas* são diretamente aplicáveis. Não custa, neste passo, reavivar-lhes o conceito: programáticas são as normas constitucionais "através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado"[48].

Tais normas, como já se viu, investem os indivíduos em posição jurídica menos consistente que as da segunda categoria. É que, por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando exigibilidade de uma prestação positiva.

Contudo, conferem direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sistematizando a doutrina[49] acerca da matéria, que converge para o reconhecimento do teor da eficácia jurídica das normas programáticas, é possível elencar algumas hipóteses de sua efetividade, visto que as regras desta natureza:

(1) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização;

(2) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis;

(3) condicionam a atuação da administração pública;

(4) informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário.

Contêm as normas constitucionais programáticas, por via de conseqüência, eficácia paralisante de todos os atos que não sejam referentes às preposições acima formuladas e ensejam ao jurisdicionado o reconhecimento e declaração de sua inconstitucionalidade.

48 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 132.

49 Vejam-se as obras citadas de Canotilho, José Afonso da Silva e Celso Antonio Bandeira de Mello.

5.2.2. *Inconstitucionalidade por omissão*

A Constituição, já tivemos oportunidade de assinalar, é um corpo de norma jurídicas, ou seja, compõe-se de preceitos obrigatórios que regram a conduta dos cidadãos.

Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe como quando se deixa de fazer o que ela determina. Vale dizer: Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação como por omissão.

Quando, por via de um comportamento comissivo, se viola uma disposição constitucional, o ordenamento jurídico prevê e provê mecanismos aptos à remediar a inconstitucionalidade, paralisando ou suprimindo os efeitos do ato vicioso.

Ao revés, quando a inconstitucionalidade se manifesta através de um *non-facere*, a ordem jurídica não se encontra eficientemente aparelhada para sancionar e sanar a omissão ou inércia dos órgãos estatais. Indubitavelmente, há que buscar-se instrumentos que supram esta lacuna.

Diversos são os casos tipificadores da "inconstitucionalidade por omissão", podendo-se destacar, dentre eles: (a) a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora da Constituição; (b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; e (c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis[50].

Dos dois últimos casos referidos a doutrina já tem cuidado, em alguma medida, e há inúmeros precedentes jurisprudenciais em que tais disfunções foram construtivamente remediadas. Já o primeiro caso — omissão do legislador — constitui um desafio, pois "em que pese a clara percepção do fenômeno, não há respostas prontas e simples para superá-lo"[51].

Percorram-se alguns casos em que a Carta em vigor prevê a edição das leis infraconstitucionais integradoras da eficácia dos respectivos comandos:

(1) "A pequena propriedade rural, *assim definida em lei*, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento" (art. 5º, XXVI);

(2) "São direitos dos trabalhadores... além de outros..., participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, *conforme definido em lei*" (art. 7º e inc. XI);

(3) "Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, *nos casos e na forma da lei*" (art. 201, § 4º).

Todas estas normas são atributivas de direitos aos jurisdicionados, cabendo ao legislador ordinário regulamentá-los. Não são *normas programáticas*, como, a meu

50 Anna Cândida da Cunha Ferraz. "Inconstitucionalidade por Omissão: Uma Proposta para o Constituinte", in Revista de Informação Legislativa, nº 89, p. 53 e 54.

51 Idem, p. 50.

ver sem razão, sustentam José Afonso da Silva, Eros Roberto Grau e Anna Cândida da Cunha Ferraz[52]. Aprofunde-se a idéia.

Em todos os exemplos apresentados, a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que prevêem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir. Definitivamente não. Tais características estão presentes nestas outras normas, elas, sim, programáticas: "O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, § 1º)"; "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218); "ou a que elege como princípio geral da atividade econômica a "função social da propriedade" (art. 170, III).

Por certo, o descumprimento de desideratos desta natureza é igualmente inconstitucional. Mas eles não investem o jurisdicionado no poder de exigir prestações positivas e é de se reconhecer que a sua concretização depende essencialmente da luta política, da via participativa apreciada no item 4.1.

Distinta é a posição jurídica dos jurisdicionados nas hipóteses dos exemplos (1), (2) e (3) supra. É que aquelas normas especificam o interesse tutelado, apontam um bem jurídico fruível e geram direito subjetivo à sua obtenção. Em sentido amplo, é possível afirmar que existe "um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração sobretudo de direitos econômicos e sociais"[53].

Mas a noção corrente de direito subjetivo, em seus limites angustos, que supõe a individualização do sujeito, não acolhe, com propriedade técnica, esta visão. Daí a lucidez e argúcia da observação de Canotilho de que a inconstitucionalidade por omissão é o instituto que reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático "aos processos" e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais.

Com efeito, prossegue ele, a generalidade da doutrina não reconhece um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa. Embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adotar as medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação[54].

Surgem, assim, duas contradições insuportáveis à luz dos princípios da moderna ciência jurídica:

(1) a existência de um direito que já nasce despido de qualquer poder de ação;

(2) a subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga o poder de impedir que um direito conferido pela Lei maior opere seus efeitos.

Para superar tais incongruências, desenvolveu-se na Alemanha, em sede jurisprudencial, na Itália e, posteriormente, em Portugal, na Constituição de 2 de abril

52 José Afonso da Silva, ob. cit., p. 134, Eros Roberto Grau, ob. cit, p. 41, e Anna Cândida da Cunha Ferraz, ob. cit., p. 51.

53 Eros Roberto Grau, ob. cit., p. 45.

54 José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 832.

de 1976, a figura da inconstitucionalidade por omissão. No Brasil, desde os primeiros momentos do debate sobre a nova ordem constitucional, o tema mereceu atenção destacada. O que não significa, no entanto, que se haja chegado ao seu equacionamento completo, com soluções adequadas e satisfatórias.

O Anteprojeto da Comissão Arinos dedicou ao tema o art. 10 e seus parágrafos, cuja íntegra é a seguinte:

"Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º. Na falta ou omissão da lei prevista para disciplinà-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º. Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a lacuna."

Como se vê, discriminou o anteprojeto duas situações, para as quais previu soluções diversas:

(1ª) atribuiu, difusamente, a qualquer órgão jurisdicional, competência para formular, em cada caso, a regra concreta que vai reger a espécie, a despeito da ausência da regra abstrata ordinária;

(2ª) outorgou, concentradamente, ao STF, nos casos em que a ausência de lei ordinária inviabilize a plenitude do direito, a atribuição de recomendar ao poder competente a edição da norma.

A primeira solução é elogiável; a segunda deficiente. O constituinte de 1988 seguiu por esta mesma trilha, como se verá logo adiante. Observe-se, também, por relevante, que a Constituição em vigor determinou, no § 1º do art. 5º, que "as normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Não há necessidade de reexaminar este ponto, salvo para uma breve reflexão.

O domínio aqui versado importa na atribuição ao Poder Judiciário de uma atividade de cunho mais regulamentar do que jurisdicional. Tal circunstância impõe duas indagações: seria ela compatível com o princípio da separação dos Poderes (*rectius*: das funções estatais)? Estaria o Judiciário legitimado para exercer um papel de cunho "quase legislativo", quando seus integrantes não são representantes da vontade popular?[55].

Fabio Konder Comparato, em conciso, porém denso ensaio, cuidou de remarcar que a primeira indagação constitui um falso problema[56]. Analisando o princípio da separação dos Poderes desde a sua origem, percorrendo o direito comparado — sobretudo a atividade criadora e construtiva da jurisprudência americana — e assinalando a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, concluiu que o princípio está longe de apresentar "uma rigidez dogmática".

No tocante à legitimidade de tal atuação do Poder Judiciário, afigura-se ela inafastável. Afinal, é o próprio Poder Constituinte que comete a ele a competência

55 Fabio Konder Comparato, ob. cit., p. 195.

56 Idem, p. 195 e seguintes.

de intérprete qualificado da Constituição e das normas jurídicas. De resto, na esteira do precedente lançado no célebre caso Marbury v. Madison, construiu-se a teoria de que ao Judiciário cabe declarar a invalidade dos atos inconstitucionais, sem que nisto se vislumbrasse invasão de Poderes.

Ora, bem: se o Judiciário é competente para declarar a inconstitucionalidade dos atos comissivos, por que não o seria em relação aos atos omissivos? É certo que, nesta segunda hipótese, vai-se mais além, porque cuida-se, também, de suprir omissão. Mas supri-la, com base nos princípios e vetores constitucionais, é menos gravoso do que permitir que a omissão legislativa torne letra morta a regra constitucional.

Mais complexa é a solução para as situações em que a omissão do legislador ordinário inviabilize o exercício de um direito previsto constitucionalmente.

Tome-se o exemplo do direito do trabalhador à participação nos lucros da empresa ou na sua gestão, "conforme definido em lei" (CF, art. 7º, X).

Aqui, a omissão do legislador não poderá ser, em princípio, satisfatoriamente suprida pelo Judiciário. Que solução poderia dar um Juiz a uma ação movida por um agente administrativo da Petrobrás para receber a sua quota-parte nos lucros da empresa auferidos no ano de 1986? Que critérios utilizaria? Sua participação seria maior ou menor que a dos engenheiros ou a dos mensageiros?

Ao que se afigura, nenhum empregado poderia, neste caso, pleitear a individualização do seu benefício, sem que se estabelecesse uma regra geral. Restaria, eventualmente, a via do dissídio coletivo; mas isto significaria, ao ângulo científico, contornar o problema, em lugar de resolvê-lo.

Figure-se outro exemplo. Preceitua o art. 37, VIII da Carta atual:

"A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão."

Sem a edição de lei regulamentadora, como é possível determinar quais os cargos e empregos que se prestam a esta forma especial de provimento, bem como o número de vagas a serem destinadas a tal fim?

Para estes casos em que o exercício da plenitude de um direito não pode prescindir de normatização ulterior, e esta não é editada, engendrou o Projeto Arinos o seguinte remédio: "o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha suprir a lacuna."

Juridicamente, o verbo *recomendar* é de escassa ou nenhuma valia. A fórmula aviltrada inspira-se no art. 279 da Constituição de Portugal, em sua versão original, que atribuía ao Conselho da Revolução a competência para "recomendar aos órgãos legislativos competentes" que emitissem as medidas normativas "em tempo razoável".

Após a primeira revisão da Carta lusitana, datada de 1982, tal competência transferiu-se ao tribunal Constitucional, que, verificando a existência da inconstitucionalidade por omissão, "dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente" (art. 283).

A solução é patentemente insatisfatória. Conquanto possa representar uma forma de expressão política, a inexistência de qualquer vinculação do legislador a tal

recomendação ou comunicação faz com que se volte à estaca zero na hipótese de a omissão persistir.

A Constituição de 1988, ao tratar da omissão inconstitucional dos órgãos do Poder Público, previu dois mecanismos: o mandado de injunção e a ação direta para declaração de inconstitucionalidade por omissão. Um e outro institutos foram objeto de especulações interessantes, embora tenham se sujeitado, em um primeiro momento, a desvarios doutrinários. O mandado de injunção vem introduzido no art. 5º, inciso LXXI, que tem a dicção seguinte:

"Art. 5º .....

LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania".

Poder-se-ia questionar a valia do mandado de injunção diante da regra que determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º), o que já deferiria ao juiz o provimento das situações concretas, independentemente de *remédio específico*. Seja como for, a verdade é que mais importante que o meio processual empregado é o espírito com que se o aplica. E se o mandado de injunção representar esta transformação, terá cumprido missão digna. É de se deixar remarcado que o instituto tem enfrentado, até aqui, os percalços de uma jurisprudência tímida, conservadora, quando não puramente reacionária.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão vem prevista no § 2º do art. 103, *in verbis*:

"Art. 103 .....

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Aqui trata-se do controle em tese, *in abstracto*, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. A legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade, em qualquer de suas modalidades, estende-se agora às pessoas e entidades enunciadas no art. 103 do Texto. Note-se que a decisão proferida opera diferentemente, de acordo com o órgão responsável pela omissão. Se este for administrativo, terá ele caráter mandamental e o agente público competente para sanar a omissão poderá ser responsabilizado administrativa e criminalmente se permanecer inerte.

No que diz respeito à omissão inconstitucional do legislador, verifica-se que o dispositivo deu à matéria o mesmo tratamento prescrito na Constituição de Portugal (art. 283, 2). Sujeita-se, assim, à crítica lançada linhas atrás. Dar "ciência" é ato de reduzida valia jurídica, na medida em que não cria qualquer vínculo. Admite-se, é certo, que ele possua efeito moral e político, mas a eventual recalcitrância do órgão legislativo perpetuará, sem qualquer sanção, a inobservância do comando constitucional.

Importaria em alongar mais do que o razoável o presente estudo analisar-se cada uma das diversas formulações alternativas para equacionar-se este problema. Mas, para que não se impute omissão também ao autor da tese, cabe aduzir algumas idéias finais.

No que concerne às omissões do Poder Legislativo, insanáveis, em princípio, por via judicial, algumas fórmulas devem ser alçadas ao debate, tais como:

(1) nos casos em que a iniciativa da lei dependa do Executivo, sua omissão em encaminhar a mensagem num prazo a ser fixado transferiria a competência a qualquer parlamentar para deflagrar o processo legislativo;

(2) ampliar a competência da iniciativa da elaboração das leis, estendendo-se aos poderes estaduais, ao defensor do povo e, mesmo, aos cidadãos, diretamente, por mecanismos a serem regulamentados[57];

(3) fixar a obrigatoriedade de inclusão, sucessivamente, na ordem do dia, do projeto desta natureza que se encontre em tramitação no órgão legislativo. Se ao final de determinado número de sessões não houver sido apreciado, nenhum outro projeto poderá ser votado antes que sobre ele se delibere.

6. *Conclusões*

1. A frustração reiterada do processo institucional brasileiro está associada à falta de efetividade de Nossas Constituições.

2. A eficácia *jurídica* das normas constitucionais traduz, tão-somente, a sua aptidão para produzir efeitos e a *possibilidade* de sua aplicação.

3. É também papel do jurista cuidar da eficácia *social* das normas constitucionais, investigando os instrumentos e mecanismos para realização, na prática, das normas e diretrizes constitucionais.

4. A *efetividade* dos preceitos da Constituição identifica a concretização dos direitos e garantias por eles assegurados, o desfrute real dos interesses e bens jurídicos tutelados.

5. Sem desprezo a outras classificações, afigura-se de toda utilidade prática identificar as seguintes categorias de normas constitucionais: a) normas de *organização*; b) normas *fixadoras de direitos*; c) normas *programáticas*.

6. As normas de *organização* consubstanciam, basicamente, a estrutura do Estado, a partilha das funções estatais e a definição das competências dos diversos Poderes. Delas decorrem, reflexamente, direitos subjetivos para os jurisdicionados.

7. As normas *fixadoras de direitos* investem os jurisdicionados no poder jurídico de exigir do Estado — ou de outro eventual destinatário da regra — prestações positivas ou negativas, que assegurem o desfrute dos interesses ou dos bens jurídicos consagrados.

8. A Constituição deve reservar o termo *direito* para identificar as situações jurídicas caracterizadas no item acima, correspondentes a um dever jurídico do Estado ou de outrem. Não deve o Texto maior referir como direito as situações que não ensejam aos jurisdicionados a pronta exigibilidade, positiva ou negativa, de um determinado benefício.

9. As normas constitucionais programáticas, vinculantes para os três Poderes,

57 As proposições de nºs 1 e 2, com diferenças mais de forma do que de conteúdo, correspondem, igualmente, às idéias de Anna Cândida da Cunha Ferraz, expostas no trabalho já citado.

apontam determinados fins a serem alcançados, sem indicar minuciosamente os meios para atingi-los nem especificar a conduta dos órgãos estatais.

10. Embora estas normas, em princípio, não gerem para os indivíduos a exigibilidade de comportamentos comissivos, investem-nos no poder de exigir dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas.

11. Dois são os caminhos pelos quais se pode assegurar, ou, ao menos, ampliar a efetividade das normas constitucionais: a via participativa e a via jurídica.

12. O caminho participativo viabiliza-se pela mobilização e atuação organizada da sociedade civil, valendo-se da articulação coletiva para as reivindicações políticas, bem como de remédios jurídicos como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança.

13. A via jurídica, na qual prevalece o aspecto técnico, consiste na utilização da tutela jurisdicional para suprir as omissões dos poderes estatais no cumprimento das normas constitucionais.

14. As normas constitucionais, notadamente as que asseguram direitos, inclusive os sociais, são diretamente invocáveis e aplicáveis aos casos concretos, cabendo ao juiz formular a regra concreta para a espécie, mesmo na omissão do poder competente em editar o regramento genérico e abstrato reclamado pelo preceptivo maior.

15. Ao Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, cabe um papel mais destaçado do que aquele até aqui desempenhado na tutela dos direitos constitucionais. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como remédios como o mandado de injunção, servirão como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.

16. O fenômeno da inconstitucionalidade por omissão do legislador não está eficazmente remediado no texto da Constituição. Não é suficiente a declaração da ilegitimidade da inércia prolongada do Legislativo na integração de determinado preceito constitucional. Deve haver, além disto, um mecanismo que induza à edição da norma.

17. No mandado de injunção, compete ao Judiciário suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito apenas *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional.

18. Diferentemente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão o controle é exercido em abstrato, tendo por objeto dar-se ciência formal da omissão normativa ao Poder Competente, para adoção das providências necessárias, ou, em se tratando de órgão administrativo, para que tome tais providências em trinta dias.