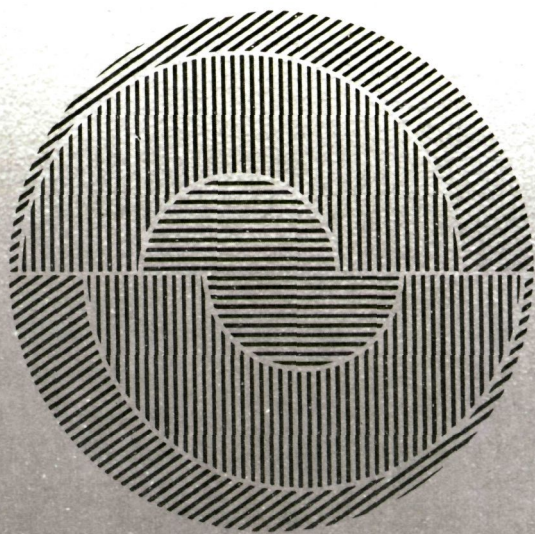


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1990
ANO 27 • NÚMERO 106

Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais

SÍLVIO DOBROWOLSKI

Juiz do Tribunal Regional Federal da
4ª Região. Professor licenciado da Uni-
versidade Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO

1. *Explicação inicial.* 2. *A estrutura do trabalho.* 3. *Constituição — significado político-jurídico.* 4. *A norma jurídica e suas instâncias de validade formal.* 5. *O problema da eficácia das normas constitucionais no Brasil.* 6. *A inconstitucionalidade por omissão.* 7. *O mandado de injunção.* 8. *O rumo para uma Constituição Normativa.* 9. *Bibliografia.*

1. *Explicação inicial*

O problema da eficácia das normas constitucionais, por seus reflexos sobre as ordens jurídica e social, é assunto da maior importância para a *Política Jurídica*. Em momento de crise, como o atual, em que o velho deixou de vigorar e o novo ainda não está inteiramente definido, a questão ganha especial relevo, se se pretende a continuidade institucional do Estado de Direito.

No país, o caráter apenas retórico emprestado, na prática, aos mandamentos da Lei Maior, reitera-lhes a operacionalidade e é uma das causas para a falta de concretude da ordem constitucional.

O presente estudo, além de buscar a indicação de rumos a respeito, contém sumária descrição dos institutos judiciais ideados pelo Constituinte para conferir real eficácia aos preceitos da Lei Maior.

O tema se localiza no terceiro plano das preocupações da Política Jurídica, disciplina que compreende três níveis de estudo, segundo o Professor OSVALDO FERREIRA DE MELO: "Entendo sim que o estudo da Política Jurídica se possa fazer em três planos: no epistemológico, onde cabe a análise axiológica do "direito que é"; no psicossocial, onde se verifica não só a existência das representações jurídicas já configuradas, mas também de quaisquer manifestações da consciência jurídica da sociedade; e, finalmente, no campo operacional, onde se montam as estratégias para afastar o direito "que não deve ser" e criar o direito "que deve ser." (MELO, 1987:12.) Dar eficácia às normas constitucionais, e o desenvolvimento posterior do assunto deixará isto bem claro, é dar à luz o direito "que deve ser", afastando aquele incompatível com a ordem constitucional, bem como cumprindo condutas positivas previstas na Lei Magna.

2. *A estrutura do trabalho*

A exposição tem início com o conceito de Constituição e o seu significado político e o papel relativo desempenhado pelo restante do ordenamento jurídico de uma sociedade. Estuda-se, a seguir, a norma jurídica e suas instâncias de validade, preliminares do problema da eficácia das normas constitucionais, no Brasil, cuidado no item subsequente.

Ao depois, passa-se ao exame, de natureza sumária, dos institutos da declaração jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Segue a parte conclusiva, com a indicação de vias de Política Jurídica, no rumo da concreta transformação da Lei Maior brasileira em autêntica Constituição Normativa.

3. *Constituição — significado político-jurídico*

Uma Constituição escrita é um documento político e jurídico através do qual se intenta fundar, de modo racional, os princípios básicos da convivência de um povo. Nela se equaciona o modo de vida da sociedade, com o estabelecimento dos objetivos a serem alcançados, com a delimitação das esferas de atuação autônoma de cada indivíduo e daquilo que cada um pode pretender como sua quota-parte nos frutos da atividade social.

Por outro lado, a Constituição estrutura o Estado como organização habilitada a promover a cooperação social em determinado território. Em momento histórico como o atual, quando ela é elaborada pelos representantes do povo, pode-se dizer que cria o Estado na condição de aparelho a serviço da sociedade inteira, como seu instrumento necessário para alcançar a plena realização dos objetivos sociais.

Vale recordar que o Estado Contemporâneo é distante daquele dos princípios do moderno Constitucionalismo. Em vez do Estado Nomocrático, simples "gendarme" do figurino liberal, ocorreu a passagem para o Estado ativamente administrador e elaborador de programas de ação social. Resumidamente, houve o trânsito da finalidade de mera conservação para a de transformação efetiva da sociedade. No fundo dessa mudança conceitual, reside a idéia alimentada pelos resultados da Revolução Industrial de que as mudanças sociais não são obra da natureza, mas conseqüências de atividade técnica programada. O constitucionalismo social, imbuído dessa crença e da pretensão ética de realizar, de fato, a igualdade entre os indivíduos, faz a Constituição transitar da retórica dos direitos individuais, para tornar-se em amplo programa de ação com vistas a modificar a sociedade, a fim de nela realizar a justiça social.

As Constituições de molde liberal conferiam direitos aos indivíduos, como esfera de autonomia, de modo que pudessem se opor à interferência do Estado em tais setores. Já o constitucionalismo social prevê, além dessas liberdades, a possibilidade de as pessoas exigirem da sociedade certas prestações positivas, uma atuação concreta em seu benefício.

Uma Constituição serve, portanto, para estabelecer as fundações de uma sociedade, para conformar o Estado que irá servi-la, e, por isso mesmo, para dar início a uma ordem jurídica. Seu papel, em relação ao ordenamento legal, é o de primeiro preceito, de feixe de regras básicas sobre a qual deverão ser desenvolvidas as restantes normas jurídicas. Sua promulgação apaga tudo que antes existia, embora se admita sobrevida, por motivos de ordem prática, para as normas jurídicas que não lhe contrariarem o espírito.

Se a Constituição tem esses efeitos tão radicais, no plano jurídico normativo, desde sua promulgação, eles só se cumprem quando a ordem constitucional for efetivamente vivida. Segundo LOEWENSTEIN, uma Constituição pode ser meramente semântica, quando se constituir em disfarce capaz de manter a dominação de um grupo às custas da sociedade. Será nominal quando as condições sociais e econômicas, mormente a falta de uma educação política, não permitem a concordância entre as regras constitucionais e a vida social e política do povo. Enfim, a Constituição será normativa quando houver correspondência entre as normas e a realidade, isto é, quando regularem, efetivamente, a convivência (LOEWENSTEIN: 1979, 219/22).

4. *A norma jurídica e suas instâncias de validade formal*

Compreende-se a norma jurídica, para esta exposição, como forma de expressão do direito, regra editada por um órgão estatal com o nome de lei (VASCONCELOS, 1978:316/7), e que se constitui como "um modelo de uma classe de ações exigidas, permitidas ou proibidas pela sociedade, em virtude da opção feita por dada forma de comportamento" (REALE, 1978:600). Serve para estabelecer como jurídicas determinadas situações ou relações intersubjetivas, permitindo que os órgãos sociais disso encarregados possam recompensar ou castigar a conduta das pessoas, conforme corresponda ou não à descrição do modelo normativo.

Essa regra ou preceito pode ser examinada, quanto à sua correspondência com valores e representações jurídicas prevalentes no grupo social respectivo. Tal operação se denomina de verificação de validade material, revelando, para o Político-Jurídico, se o *Direito que é* corresponde ao *Direito que deve ser*.

Antes dessa abordagem axiológica, indagadora da substância do preceito, cumpre, no entanto, conferi-lo sob o ponto de vista da sua forma. É o exame efetuado mediante o emprego de critérios técnicos, "para apurar se a norma, de que se trata, é formalmente boa" (VASCONCELOS, 1978:313). Proceder-se à aferição segundo as instâncias relativas à positividade, à vigência, à eficácia social e a eficácia jurídica.

Esses tópicos merecem elucidação, nos termos a seguir.

Positividade significa que a lei está disponível dentro do conjunto normativo, sendo, por isso mesmo, passível de ser exigida junto ao poder social encarregado de sua concreta atualização, por meio dos órgãos sociais antes referidos, capazes de fazê-lo, se necessário, inclusive com o emprego da força (VASCONCELOS, 1978:315).

Vigência é o termo utilizado para fixar o período, o tempo de disponibilidade da lei, desde o início de sua existência, formalizada pela promulgação, até que cesse sua aptitude para regular as relações sociais a que se reporta.

A eficácia social corresponde à concreta observância do modelo normativo pelo grupo social para o qual vige. Distingue-se da eficácia jurídica, que é a capacidade para produzir efeitos jurídicos, dependendo de estar a norma apta para regular as relações intersubjetivas, ou seja, de estar tecnicamente pronta, de contar com a devida instrumentalização para ser efetivamente aplicada às situações nela previstas. A eficácia jurídica é pressuposto da eficácia social, somente atingível quando a norma

possua o necessário aparato técnico que permita sua efetiva aplicação às relações sociais que visa regular.

5. O problema da eficácia jurídica das normas constitucionais

Em vista de sua eficácia jurídica, é costume classificar as normas da Constituição em três espécies.

Por primeiro, as de eficácia plena, cuja aplicação independe de qualquer providência, defluindo da própria dicção do texto da Lei Magna, no qual estão presentes todos os elementos para tais normas produzirem seus efeitos jurídicos. Serve como exemplo a regra consignada no art. 5.º, LXXVII, da Constituição em vigor, que estipula:

“são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, (...)”.

Outras há, cuja exata extensão ou significado dependem de legislação infraconstitucional, restando, pois, sua eficácia a aguardar essa regulamentação legislativa. Desse tipo, a norma do art. 7.º, I, da Lei Maior, assim expressa:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, (...):

I — relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que previa indenização compensatória, dentre outros direitos.”

É preciso, a propósito, que a lei complementar especifique quando a despedida do trabalhador será considerada arbitrária ou com justa causa, e, ainda, determine os parâmetros da indenização e os outros direitos prometidos no texto constitucional. Sem isso, a regra antes transcrita não *pode ser aplicada, é destituída de eficácia imediata*.

Por último, a Constituição apresenta normas definidoras de diretrizes endereçadas à sociedade e aos órgãos estatais, para cumprirem determinados programas, em alguns setores da vida social. São denominadas de *programáticas* e orientam para a adoção de medidas de variada natureza — política, legislativa, administrativa, econômica, técnica etc. —, imprescindíveis para o alcance das metas pretendidas pelo constituinte.

Compreende-se entre elas o disposto no art. 205 da Carta vigente, do teor seguinte:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Para cumprir esse dispositivo, serão necessárias ações concertadas, dos órgãos públicos e da comunidade, com vistas a difundir a educação, com observância das metas indicadas no texto. À plena eficácia da regra não bastam providências legislativas, sendo necessárias outras a nível de atividades práticas.

As normas constitucionais dependentes de legislação e as de natureza programática possuem, como as demais, natureza jurídica, não se constituindo em meras promessas de incerto cumprimento. A sua eficácia jurídica difere, no prisma temporal, das normas auto-suficientes, sendo certo, no entanto, que, desde logo, é de reconhecer a inconstitucionalidade de leis ou atos jurídicos que disponham em contrário a esses preceitos da Constituição.

A edição de diplomas integradores e o cumprimento dos programas constitucionais dependem de tempo para a aprovação dos textos e das políticas respectivas. Por vezes, é preciso se haver com a escassez dos recursos necessários. Em conseqüência, a plena eficácia de normas tais é diferida até se removerem os obstáculos existentes.

No Brasil, a experiência das Constituições de 1946 e de 1967 mostrou-se infeliz, com o total desatendimento aos preceitos desprovidos de eficácia plena, mormente aqueles ligados ao constitucionalismo social. É clássico o exemplo da participação dos empregados nos lucros da empresa, da Carta de 1946, que permaneceu como letra morta.

Na afirmativa de PAULO LOPO SARAIVA, “a parálise dos Poderes Executivo e Legislativo, no que concerne à plenificação das normas de caráter social, contribui para a descrença popular com referência ao ordenamento jurídico brasileiro” (SARAIVA, 1988:33).

O constituinte de 1988 atentou para o problema e buscou institucionalizar meios jurisdicionais para obviar, conforme possível, a omissão dos órgãos estatais, nos aspectos referidos.

6. *A inconstitucionalidade por omissão*

A respeito da integração das normas constitucionais pelos Poderes constituídos, algumas vozes afirmavam a plena liberdade do Legislativo e do Executivo, para decidir sobre a conveniência e a oportunidade em dar os meios para a Constituição atuar. A boa doutrina, contudo, reconheceu que a mora injustificada envolvia a vigência da Constituição, descumprindo-a desse modo.

O Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, em acórdão de 29 de janeiro de 1969, afirmou que:

“O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a *implemente implica*, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria de vigência, até a sua ação, o preceito constitucional.

Não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo quando — atribuível a este edição de lei ordinária —, dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o preceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional.” (GRAU, 1985:44)

Estendeu, então, aquela Corte a declaração de inconstitucionalidade, tradicionalmente aplicada aos atos positivos violadores da Lei Maior, para abranger as hipóteses de ofensa por omissão. A *Política Jurídica* resultante assentava no reconhecimento de que todos os preceitos da Constituição, mesmo ao envolverem programas políticos, eram dotados de eficácia jurídica, obrigando os Poderes constituídos às medidas necessárias para torná-las realidade, através da criação do Direito que deveria ser, e implementar a sociedade justa prometida no documento constitucional.

O texto vigente no país, fulcrado ainda nos precedentes da Constituição da Iugoslávia, de 31 de janeiro de 1974 (art. 377), e da Constituição portuguesa de 1976 (art. 297 e art. 283 da Revisão de setembro de 1982), conferiu ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. Proferida decisão em tal sentido, “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” (Constituição, art. 103, § 2.º).

A ação de inconstitucionalidade pode ser proposta, no caso, pelas seguintes autoridades e entidades enumeradas no art. 103, *caput*, da Constituição:

- I — o Presidente da República;
- II — a Mesa do Senado Federal;
- III — a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV — a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V — o Governador do Estado;

VI — o Procurador-Geral da República;

VII — o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII — partido político com representação no Congresso Nacional;

IX — confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

A essas pessoas e órgãos foi atribuído o elevado papel de defensores da sociedade na exigência de concretizar o plano consubstanciado na Lei Maior. Atendeu-se à observação de FÁBIO KONDER COMPARATO, de que, no Estado Social, “os grupos beneficiados com os programas de ação têm direito à aplicação desses programas, devendo ter direito a uma ação para exigí-la” (COMPARATO, 1986:20).

A “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” pode parecer medida sem maior significado. Anote-se, antes, resultar essa solução do princípio da separação de poderes, por não caber ao Judiciário a fixação de prazo a outro Poder, bem como em vista de não lhe competir a formulação de regras gerais, capacidade exclusiva do Legislativo. Aquele comunicação, no entanto, ao cabo do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, tem profundo efeito de natureza política, ao conformar a opinião pública no sentido de existir indesculpável violação de preceito da Lei Magna. Desatendida a recomendação do Supremo Tribunal, caberá ao povo, através do sufrágio, aplicar eficaz sanção aos seus representantes omissos com seus deveres.

7. O mandado de injunção

Quando a omissão integradora de dispositivo constitucional se referir a direitos e garantias fundamentais, tocará ao órgão judiciário regular a norma para o caso concreto. É a hipótese do mandado de injunção, consoante dicção do art. 5.º, LXXI, da Constituição: “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 e à cidadania.”

Para seu cabimento, será necessário encontrar reunidos os seguintes pressupostos:

a) um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa indicados no transcrito art. 5.º, LXXI;

b) a concreta inviabilidade do exercício desse direito, liberdade ou prerrogativa;

c) que essa inviabilidade resulte da falta de norma regulamentadora, indispensável para o mencionado exercício.

É, portanto, caso de omissão normativa, referente à regulamentação de preceito constitucional não auto-aplicável. Diferentemente da hipótese da inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados.

O instituto deita raízes nas *injunctions* praticadas nos Estados Unidos da América do Norte, pelas quais a Suprema Corte daquele país teve decisivo papel na consecução da política de integração racial, na década de 60. Afina-se, também, ao precedente alemão antes referido, para o qual a mora legislativa “pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* do preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais” (GRAU, 1985:44).

À guisa de melhor esclarecimento, é preciso fixar com precisão o alcance dos direitos, liberdades e prerrogativas referidos no inciso LXXI, antes transcrito. Compreendem-se neles os direitos individuais, os direitos sociais e aqueles diretamente ligados à cidadania e à nacionalidade; em suma, os direitos mencionados nos arts. 5.º a 17 da Constituição. Na superior explanação de CALMON DOS PASSOS, “a criticável técnica do constituinte brasileiro, a nosso ver, não determina problemas maiores de natureza prática. Na verdade, a distinção entre liberdade fundamental e direito fundamental é mais filosófica que de direito positivo ou de dogmática jurídica. Tudo quanto se enumera nos arts. 5.º a 17, quando referível a situações subjetivas, são direitos (*lato sensu*) constitucionais, resultem eles da própria condição humana e apenas estejam merecendo a ratificação (indeclinável) jurídico-positiva (liberdades) ou traduzam outorga deferida, de modo qualificado, aos sujeitos de direito, na sua condição humana, pela ordem jurídica positiva (direitos). Também aí se situam prerrogativas inerentes à nacionalidade (condição de brasileiro), soberania (condição de detentor originário do poder político) e à cidadania (condição de eleitor e de elegível, e de participe do processo político)” (PASSOS, 1989:108).

8. O rumo a uma Constituição normativa

Os meios jurisdicionais sucintamente descritos constituem recursos de Política Jurídica para dar eficácia jurídica concreta a todas as normas

constitucionais. Para que se chegue a uma *Constituição normativa*, em país como o Brasil, onde é tradicional o divórcio entre o *país real* e o *país legal*, tais institutos necessitam ser vivenciados fundamentalmente por dois prismas.

Em primeiro lugar, o Poder Judiciário tem de compreender a grandeza dessa nova missão a ele atribuída e encarar com firmeza o relevante papel político, a ela ínsito, de concreta construção da Lei Magna. O outro aspecto é o de ser necessária uma cidadania ativa, através da qual os brasileiros não continuem à espera de dádivas do poder, mas saibam lutar pelos meios democráticos e legais, na construção de uma "sociedade livre, justa e solidária" (Constituição, art. 3.º, I).

9. BIBLIOGRAFIA

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no Estado moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, (614): 14-22, dez. 1986.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, Rio de Janeiro, (4): 40-8, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Ariel, 1979, 819 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Considerações sobre Política Jurídica. *Revista Sequência*. Florianópolis, 15 (2): 11-7, jul./dez. 1987.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção. Habeas Data*. Constituição e processo. Rio de Janeiro, Forense, 1989, 108 p.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8ª ed. São Paulo, Saraiva, 1976, 2 v., 745 p.

SARAIVA, Paulo Lopo. Os direitos sociais e a inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, Rio de Janeiro, (5): 27-33, 1988.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978, 410 p.