

CONCRETUDE E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

* Eugênia Maria Nascimento Freire: Procuradora do Estado de Sergipe. Especialista em Direito Tributário. Presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe.

"O real não está na saída, nem na chegada. O real está no meio do caminho, na travessia." (Guimarães Rosa)

I- INTRODUÇÃO

Trazendo o pensamento do grande escritor brasileiro, Guimarães Rosa, para o nosso estudo, podemos imaginar que o real da Constituição Federal de 1988 não está exatamente no momento de sua elaboração, mas, essencialmente, no seu existir, durante esse quinze anos, e daqui para frente. Porém, não poderíamos entender o ideário da Carta Magna, se não analisássemos o momento histórico de sua elaboração. Não poderíamos deixar de registrar, portanto, que a Constituição Federal de 1988 foi fruto de um processo de redemocratização do país. Saindo de um longo período de ditadura militar, a sociedade civil começou a se organizar com o objetivo de consolidar as conquistas democráticas. Entre avanços e recuos, não foi possível, à época, a realização de uma verdadeira Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, tal como sonhavam as forças progressistas de então e como prometera o candidato eleito em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves. Impedido de assumir a Presidência da República, assumiu o cargo o Vice-Presidente, José Sarney,

o qual convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem em "Assembléia Nacional Constituinte". Dessa forma, tivemos, na verdade, um Congresso Constituinte no dizer do Insigne constitucionalista **José Afonso da Silva**¹, *in verbis*:

"(...) Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. (...)." (destaque nosso)

Pode-se considerar o texto constitucional de 1988 como inovador, progressista, substancialmente transformador. É importante lembrar, nesse contexto, que vários dispositivos constitucionais foram resultado de iniciativas populares, onde as assinaturas eram coletadas em todo o Brasil, demonstrando o envolvimento da sociedade brasileira. Apesar dos avanços que representara o Texto Político de 1988, não se pode olvidar que o mesmo resultara de um equilíbrio de forças, onde os conservadores, na época chamado de "centrão", exerceram também grande influência.

Acreditamos que a Constituição Federal deve ser um símbolo vivo de estabilidade normativa. Uma carta de princípios e estes, não deveriam mudar ao sabor dos interesses da classe política dirigente do País.

¹ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ª edição, Malheiros Editores, 1996, p.90.

O tema de nosso trabalho é a concretude e efetividade da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, entendemos ser interessante trazer o significado literal das palavras "efetividade" e "concretude", no próprio vernáculo. Buscando o significado do termo "efetividade", encontramos no dicionário de Aurélio Buarque o seguinte: "qualidade de efetivo; atividade real; resultado verdadeiro; realidade/existência." Já em "concretude", encontramos a definição: "qualidade de concreto". E em "concreto", temos o "que existe de forma material".

Relacionando esses conceitos com a CF/88, questionamos, após 15 (quinze) anos de existência desse novo texto, como vai a sua efetividade? Será que a Constituição tem uma existência material e concreta no dia a dia dos brasileiros? Será que os instrumentos jurídicos existentes têm sido capazes de garantir a eficácia e concretude da Carta Magna?

Nesse particular, é importante mencionar que, para ter uma existência concreta na vida dos brasileiros, a CF/88 precisa, primeiramente, ser conhecida. Esse conhecimento acerca da Lei Maior do País ainda é por demais incipiente. Embora já tenha se passado quinze anos de sua promulgação, a Constituição ainda é um texto estranho para a grande maioria da população brasileira. Se fosse ela conhecida, poderíamos observar a sua

eficácia e concretude, como bem lembrou a Dr^a **Carmem Lúcia Antunes Rocha**, quando da palestra realizada no "Congresso Jurídico Brasil 2003 - 15 anos da Constituição Federal de 1988", mencionando que *"se todos os brasileiros soubessem o que a constituição é capaz de fazer por eles, o Brasil correria o sério risco de ter uma verdadeira democracia."*

Estarrecidos ficamos ao observar que, após quinze anos de existência da Carta Magna de 1988, ainda existem dispositivos pendentes de regulamentação. Em contrapartida, já foram editadas várias Emendas Constitucionais. Como tudo é relativo, se pensarmos no tempo de existência da CF/88, equivalente a 15 (quinze) anos, no que se refere ao tema da regulamentação de seus dispositivos, chega-se à conclusão de que já se passou tempo suficiente para que o legislador infra-constitucional pudesse ter efetivado a mesma. Diferentemente, no que se refere às Emendas Constitucionais, 15 (quinze) anos se torna um curto espaço de tempo para tanta modificação no texto original. Não é sem razão que se usa freqüentemente a expressão "Colcha de Retalhos" para se fazer alusão à nossa Constituição Federal.

A falta de regulamentação de vários dispositivos constitucionais, bem como a excessividade de Emendas Constitucionais e Medidas Provisórias revela um clima de instabilidade política e, via de conseqüência, jurídica.

Diante desse quadro, ao refletirmos sobre a efetividade e concretude da CF/88, surgem os seguintes questionamentos:

1º - Até que ponto os instrumentos jurídicos existentes possibilitam a efetividade e concretude constitucional?

2º - Como tornar plenamente efetiva a Constituição Federal de 1988 se ainda existem dispositivos carentes de regulamentação?

3º - Como sonhar com efetividade e concretude constitucional, se o seu texto muda constantemente, ao sabor dos interesses da classe política dominante no país?

4º - Será que existem, na atualidade, políticas públicas que propiciam a efetividade e concretude constitucionais?

Feitas essas considerações iniciais, tentaremos analisar os questionamentos acima formulados, buscando apresentar propostas com o escopo de trazer contribuições para uma possível efetividade e concretude constitucional.

II- INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA A EFETIVAÇÃO DA CF/88

A concretude e efetividade constitucional dependem, necessariamente, dos instrumentos jurídicos postos à disposição dos cidadãos, bem como dos mecanismos de controle de constitucionalidade afetos ao Poder Judiciário.

Sobre o controle de constitucionalidade, é importante lembrar a existência do controle preventivo e repressivo de constitucionalidade.

No controle preventivo busca-se evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais.

O controle preventivo é efetivado, primeiramente, através das Comissões de Constituição e Justiça cuja função primordial é verificar a adequação do projeto de lei com o texto da Constituição Federal.

O controle preventivo é ainda encetado por meio do veto jurídico. O art. 66 §1º da CF/88 prevê expressamente a possibilidade de veto, pelo Presidente da República, na hipótese de considerar o projeto de lei inconstitucional.

Além do controle preventivo, temos o controle repressivo, o qual, no Brasil, em regra geral, é realizado pelo próprio Poder Judiciário. Excepcionalmente, há duas hipóteses em que esse controle é realizado pelo próprio Poder Legislativo, quais sejam, o do art. 49, V da CF/88, onde é auferida competência ao Congresso Nacional para

sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa e a do art. 62 da CF/88, quando o Congresso Nacional rejeitar medida provisória com base em inconstitucionalidade.

O controle repressivo realizado pelo Poder Judiciário, no direito constitucional brasileiro, é misto, comportando a forma concentrada e a forma difusa.

Na forma concentrada, o controle de constitucionalidade, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, I, "a" da CF/88, **abrange a ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade.**

Dentre os legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, observa-se, nos incisos VIII e IX, a legitimidade de partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na realidade brasileira, observa-se que esse instrumento vem sendo utilizado. A ação direta de inconstitucionalidade representa um freio à inconstitucionalidade das leis. Mais uma vez, ressaltamos a importância do conhecimento da CF/88 pela sociedade civil,

como garantia de sua eficácia. É preciso que as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional estejam atentas à edição das leis, a fim de que possam exercer esse controle com maior efetividade.

Em relação à ação direta de inconstitucionalidade interventiva vale destacar que a mesma vem sendo pouco utilizada, porém, dever-se-ia, dar uma maior atenção à mesma, principalmente no tocante à observância do princípio constitucional referente aos direitos da pessoa humana constante do art. 34, VII, "b" da CF/88. É nesse ponto que a sociedade civil deve se organizar para efetivar as devidas representações ao Procurador Geral da República.

Sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliada ao mandado de injunção, entendemos que este seria um instrumento de mais alta importância para dar efetividade à norma constitucional nas hipóteses em que o legislador infraconstitucional deixa de proceder à complementação necessária das normas constitucionais de eficácia limitada. Nesse sentido os ensinamentos do Dr. Alexandre Moraes², com o seguinte teor:

"O mandado de injunção consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma

² Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 11ª edição, Editora Atlas S.A, 2002 p. 179.

prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa combater a síndrome de inefetividade das normas constitucionais."

Vê-se, portanto, que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão constituem importantes instrumentos para a eficácia da CF/88. Sobre o mandado de injunção, vale ressaltar que o mesmo pode ser ajuizado por qualquer pessoa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Se bem utilizado, o mandado de injunção possibilita que o cidadão comum exerça a sua cidadania de forma plena, possibilitando a concretude da Constituição. É importante lembrar, nesse contexto, a possibilidade de Mandado de Injunção Coletivo, com decisão do STF, citada pelo Dr. Alexandre Moraes, *in verbis*: "*STF - Mandado de Injunção nº 361-1 - Diário da Justiça, Seção I, 17 jun. 1994, p. 15.707. Ementa: Mandado de Injunção Coletivo; admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192, § 3º, da Constituição, que fixou limites aos juros reais."*

O Mandado de Injunção Coletivo deve ser mais difundido entre as associações de classe devidamente constituídas, principalmente considerando que o mesmo não

se encontra expressamente previsto no texto constitucional, sendo a sua possibilidade calcada na analogia, tal como decidiu o STF.

Apesar das qualidades acima mencionadas, é importante analisar a natureza jurídica da decisão judicial, no mandado de injunção e seus efeitos. O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal consiste em que, reconhecendo a mora do Congresso Nacional, comunica-se a existência dessa omissão para que o Poder Legislativo elabore a lei. Porém, como não existe nenhuma sanção na hipótese de descumprimento desse comando, pelo Poder Competente, entendemos que esse instrumento se torna fragilizado. É uma decisão meramente declarativa, porque declara a omissão, e com o efeito apenas de "comunicar" ao Poder Competente a respectiva omissão. Preferimos, sobre o tema, o entendimento, embora isolado, do Ministro Néri da Silveira, segundo o qual se deve, primeiramente, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Nesse caso, teríamos uma decisão mandamental. Se o Congresso Nacional não fizesse a lei em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o STF poderia dispor a respeito do direito, no caso concreto. Seria uma decisão com caráter substitutivo ou subrogativo, ou seja, a Corte Judicial supre a omissão, embora provisoriamente, substituindo o legislador. Segundo ele, esta posição concilia a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, como o órgão competente para a criação da norma, e a

possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício de direito na Constituição assegurado, mesmo se não houver a elaboração da lei. Entendemos que esse posicionamento torna possível a existência do mandado de injunção, caso contrário o mesmo estaria fadado à condição de "letra morta". Quanto aos questionamentos sobre a separação dos poderes, não vislumbramos nenhuma violação à mesma, porque nesse caso, o Supremo não editaria a lei, tampouco a decisão teria eficácia erga omnes. Seria uma decisão restrita ao caso concreto. A posição majoritária do STF é criticada pela doutrina, em especial pelo Dr. Alexandre de Moraes³: *"Sendo esse o conteúdo possível da decisão injuncional, não há que falar em medidas jurisdicionais que estabeleçam, desde logo, condições viabilizadoras do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente prevista, mas tão-somente, deverá ser dado ciência ao poder competente para que edite a norma faltante. Critica-se essa posição por tornar os efeitos do mandado de injunção idênticos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) apesar de serem institutos diversos."*

Essa realidade foi bem analisada pelo Dr. Lenio Luiz Streck⁴, quando discorria sobre as teses substancialista e procedimentalista, da seguinte forma:

³ Alexandre de Moraes, ob. Citada p. 188.

⁴ Lenio Luiz Streck, Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, nº 01, jan/jun 2.003, p. 705.

"De qualquer sorte, no plano do agir cotidiano dos juristas no Brasil, nenhuma das duas teses (eixos temáticos) é perceptível. Ou seja, se estamos longe da postura substancialista - e a prática nos tem demonstrado tal assertiva, em face da **inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição e da postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (deseregulamentada pela Lei n. 9.882), além da falta de uma filtragem hermenêutico- constitucional das normas anteriores à Constituição** -, por outro lado também não se pode afirmar que convivemos com uma prática procedimentalista do tipo proposto por Habermas. Ora, a submissão do Congresso Nacional à reiterada utilização indiscriminada de medidas provisórias por parte do Poder Executivo (o número já passa de 3.500) deixam claro o quanto estamos distantes de promover o que Habermas denomina de "combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada e não institucionalizada", enfim, o quanto estamos longe da criação democrática de direitos e da garantia da preservação dos procedimentos legislativos aptos a estabelecer a autonomia dos cidadãos."

Destarte, verifica-se que o mandado de injunção é um instrumento inovador e com amplas possibilidades para garantir a eficácia da Constituição, desde que seja adotada a posição do Ministro Néri da Silveira, pela qual devemos lutar.

No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o problema reside justamente na falta de eficácia concreta do comando jurisdicional. Quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade por omissão, por ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional, deve ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, nos termos do art. 103, § 2º, da CF/88. Vê-se, portanto, que na hipótese de órgão administrativo, a fixação de prazo dá uma conotação de maior eficácia, uma vez que se pode, futuramente, pretender a responsabilização do respectivo órgão administrativo. Em contrapartida, no que se refere ao Poder Legislativo, não há, atualmente, fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, e, via de consequência, não há a possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. Procura-se justificar essa falta de prazo ao Poder Legislativo sob o fundamento de que este, em face da separação de poderes, não poderia ser forçado, pelo Poder Judiciário, a legislar. No entanto, entendemos que a fixação de prazo não afetaria o princípio da separação de poderes e teria apenas o efeito de possibilitar a sua responsabilização perante a sociedade. Claro que não se poderia infligir uma sanção direta para o caso de descumprimento do prazo, mas este teria um efeito negativo diante da sociedade civil. Ressalte-se, também, que o descumprimento do prazo não acarretaria a supressão da lacuna pelo Judiciário. Nesse diapasão, é importante ressaltar a importância do Poder Legislativo, devido à ampla representatividade dos divergentes interesses

ideológicos dos cidadãos, afirmada pelo art. 1º parágrafo único, da Constituição, que diz: *"Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"*. Dessa forma, não poderia o Poder Judiciário, ordenar a supressão da lacuna integrativa das normas de eficácia limitada, sob ameaça de subrogação legislativa. Tal atitude constituiria uma usurpação do poder democrático popular, uma subrogação da vontade representativa dos cidadãos, ensejando, via de consequência, uma grave violação ao estado democrático de direito.

Portanto, observa-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não está apta a garantir a efetividade da Constituição, na medida em que não consegue suprir a lacuna legislativa. No entanto, diante das vicissitudes dessa hipótese, vislumbramos que havendo uma inconstitucionalidade por omissão, a Corte Constitucional deve pronunciar-se declarando o estado de inconstitucionalidade, notificando o Congresso Nacional para que supra a lacuna legal integrativa, dentro de certo prazo a ser estabelecido na decisão, dando o máximo de publicidade possível. É um acórdão de eficácia mandamental, valendo como título emitido em prol dos cidadãos, para que os execute através dos mecanismos de participação e fiscalização política, postos à disposição da coletividade. Conclui-se, portanto, que a eficácia e concretude constitucional, via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dependerá necessariamente da organização da sociedade civil, do

comprometimento da imprensa nacional com os interesses maiores da nação e com a pressão política que o caso requer.

Feitas essas considerações sobre o controle concentrado de constitucionalidade, passamos ao controle difuso.

Entendemos que o controle difuso é também importante para a eficácia da CF/88, uma vez que retira a aplicação de uma lei inconstitucional, em determinado caso concreto. Embora a lei permaneça válida em relação a terceiros, isentando apenas o autor da ação, esse instrumento possibilita a eficácia da constituição, na prática cotidiana do Juízo *a quo*, além de servir de exemplo para situações similares. É um incentivo para que outros indivíduos, atingidos pela lei inconstitucional, também ingressem no judiciário com o mesmo objetivo, ou até busquem os meios necessários para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse contexto, observamos que existem instrumentos postos à disposição da sociedade civil para garantir a efetividade da CF/88, barrando as iniciativas de projetos de leis contrários à mesma, bem como através da retirada do ordenamento jurídico de leis inconstitucionais. Esses instrumentos constituem um freio para o legislador infraconstitucional. Acreditamos que eles precisam ser

melhor utilizados e isso depende, também, de um processo de conscientização e organização da sociedade civil.

Vê-se, portanto, que devemos canalizar nossa atenção para a fiscalização da legislação infraconstitucional, utilizando os instrumentos acima mencionados para a preservação de sua eficácia e concretude.

III- NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao estudar o tema da regulamentação constitucional, é de bom alvitre lembrar a classificação dada pelo Ilustre Mestre **José Afonso da Silva**, em relação à sua aplicabilidade, citada pelo Dr. **Alexandre de Moraes**⁵, com o seguinte teor:

"Tradicional a classificação das normas constitucionais, dada por José Afonso da Silva em relação a sua aplicabilidade em normas de eficácia plena, contida e limitada.

São normas constitucionais de eficácia plena 'aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador

⁵ Alexandrde de Moraes, *Direito Constitucional*, 11º edição, Editora Atlas S.A, 2002 p. 41

constituente, direta e normativamente, quis regular' (por exemplo: os 'remédios constitucionais').

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas 'que legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciado' (por exemplo: art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer**).

Por fim, **normas constitucionais de eficácia limitada** são aquelas que apresentam 'aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade ' (**por exemplo: CF, art. 192, §3º: as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas a concessão de crédito não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar**)."

O exemplo acima citado do art. 192 § 3º CF/88, ainda não regulamentado, relativo ao limite da taxa de juros é uma prova de que o legislador infra constitucional precisa dar uma atenção especial a essa regulamentação. Além de ser um tema de grande

importância para a sociedade brasileira, uma vez que atinge diretamente as relações econômicas entre os indivíduos, esse dispositivo constitucional foi motivo de grandes controvérsias judiciais, ensejando o surgimento de decisões díspares, como se observa das ementas abaixo transcritas:

"A taxa de juros remuneratória máxima permitida pela legislação brasileira é de doze por cento (12) ao ano, seja porque o art. 192, §3º, da CF é auto-aplicável, seja porque o art. 25 da ADCT revogou a lei de Reforma bancária, trazendo como consequência a aplicação do art. 1º e seu § 3º da Lei de Usura às instituições financeiras." (AC. 1218 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe - 1 Câm. Civ., Grupo I - Rel. Des. Artur Oscar de Oliveira Deda - pub. DJ de 09.11.98), (grifo nosso)

"O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entende que a norma prevista no art. 192 § 3º da Constituição Federal é de aplicabilidade limitada, portanto exigível à edição da legislação complementar (Mandado de Injunção nº 372-6, Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 23 set. 1994, p. 25.325; STF - 1ª T. - Rextr. Nº 160.960/RS - Rel. Min. Celso de Melo, 28 set. 1993; STF - Mandado de Injunção nº 362-9/RJ - Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 3 maio 1996, p. 13.897)"

Vê-se, portanto, que a inércia do legislador infra-constitucional coloca entraves à eficácia do texto constitucional, gerando controvérsias judiciais que seriam desnecessárias, além de atropelar ainda mais a máquina judiciária.

Nesse momento, acreditamos que é fundamental a realização de um verdadeiro "mutirão legislativo", com o objetivo de efetivar a regulamentação de todos os dispositivos constitucionais que ainda necessitam da mesma. Não se justifica essa inércia do legislador infra-constitucional. Essa regulamentação é imperiosa para que a CF/88 possa ter uma verdadeira concretude e eficácia.

As normas constitucionais de eficácia limitada somente têm aplicabilidade após a sua imprescindível regulamentação. Daí porque a edição dessas leis assume caráter de urgência para a efetividade constitucional.

Nesse diapasão, vale ressaltar que a soberania popular, a ser exercida através de plebiscito, referendo e iniciativa popular, "nos termos da lei", conforme prevê expressamente o art. 14, incisos I, II e III da Constituição Federal de 1988, somente foi regulamentada dez anos após a sua promulgação, através da lei nº 9.709. Editada a lei nº 9.709, que regulamenta o art. 14 da CF/88, questiona-se, como tem sido a sua aplicação? Será que os governantes têm se utilizado desses instrumentos para promover consultas à população e garantir de fato o

exercício da soberania popular? É imperiosa a utilização desses instrumentos para que a constituição possa vir a ser uma realidade na vida dos brasileiros.

No que se refere ao Direito de Greve do Servidor Público, nos termos do Art. 37, inciso VII, da CF/88, observa-se que o mesmo depende de Lei Complementar e até o momento não houve essa regulamentação.

Vê-se, portanto, que é urgente a regulamentação das normas constitucionais pelo legislador infra-constitucional. Precisamos lutar e pressionar para que a regulamentação de todos os dispositivos constitucionais venha a ser uma realidade.

IV- AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS COMO ENTRAVE À EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Analisando a realidade brasileira, observa-se que apenas uma minoria esclarecida acompanha o processo de emendas à constituição. Se o texto original já é desconhecido pela maioria da população brasileira, o que dizer das emendas à constituição?

Nesse contexto vale transcrever o comentário do Dr. Carlos Ayres Brito, Ministro do Supremo Tribunal Federal, sobre a CF/88, quando, em reportagem do Correio Brasil, de 16 de julho de 2003, desabafara: "**Não vejo com bons olhos**

o fato de cada presidente, ao chegar ao Poder, tentar mudá-la sem conhecer ou conviver com ela."

As últimas propostas de Emenda à Constituição, referentes à Reforma Tributária e à Reforma Previdenciária revelam quão importante é a discussão sobre o processo de reforma.

A proposta de reforma à previdência viola, frontalmente, entre outros, o direito adquirido dos servidores já aposentados. Flagrantemente inconstitucional, na medida em que não pode ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (Art. 60, IV da CF/88), em especial o direito adquirido constante do art. 5º, XXXVI da CF/88.

Propostas de emendas que violam cláusulas pétreas atentam contra a efetividade constitucional. No dizer do Insigne Mestre **Dr. Carlos Ayres Brito**⁶:

"Que se persevere, então, nas conquistas obtidas e para isso é preciso impedir que as emendas à Constituição venham a significar um contra-discurso constitucional, um retrocesso a fórmulas de organização político-social que não passam da reprise de um filme cujo o trágico fim de iniquidades sociais e apatia cívica já se conhece."

⁶ Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, janeiro/junho de 2003, p. 230.

Aqui, o Mestre **Carlos Brito** não se refere apenas às emendas constitucionais que violam cláusulas pétreas, mas também àquelas que sacrificam as conquistas democráticas obtidas em 1988.

Na realidade, defendemos que o poder de emenda constitucional deve ser limitado e passar, necessariamente, pelo *veredictum* popular, tal como entende o Dr. **Paulo Bonavides**⁷, quando menciona:

"Mas, como as emendas são questões de dupla dimensão ou duplo aspecto - jurídico e político - não seria, porventura, prudente evitar a intervenção do mais alto órgão da Magistratura, de tal modo que, antes de promulgá-las, fôssemos primeiro haurir no próprio povo, mediante referendo, a legitimidade de todo o processo reformista?"

Derradeira indagação ao encaminharmos a Nação para essa fórmula: estaríamos, acaso, violentando o art. 60 da Constituição, que dispõe sobre a maneira de emendar a Carta Magna?

De forma alguma. Em verdade, as instituições sairiam da consulta plebiscitária mais limpas, o regime mais fortalecido, o País mais democratizado, a Constituição mais obedecida e a soberania popular mais respeitada. Democracia restituta! Eis o caminho. Eis a meta. Eis a bandeira. É rota que se insculpe no parágrafo único do art. 1º da Constituição, ou seja, por via do plebiscito, do

⁷ Paulo Bonavides, *A Constituição Aberta*, Malheiros Editores, Segunda Edição, p. 279

referendo e da iniciativa popular. Poder implícito, que não consta do art. 60, mas nem por isso deixa de existir!" (grifo nosso)

Para que não houvesse questionamentos sobre a constitucionalidade do referendo no tocante ao processo de emenda constitucional, entendemos ser interessante acrescentar um parágrafo ao art. 60 da CF/88, deixando claro a necessidade do referendo popular antes da promulgação de emenda constitucional.

A partir do momento em que as emendas constitucionais passem pelo processo democrático do referendo popular, observaremos que haverá um maior envolvimento da sociedade civil, que conduzirá, sem dúvida, à garantia de sua efetividade.

Nesse sentido, vale mencionar que as Constituições Italiana e Americana dispõem de forma mais rígida sobre a possibilidade de emendas, como se observa dos dispositivos abaixo transcritos:

"Constituição Italiana

Seção II - Revisão da Constituição - Leis Constitucionais

Art. 138 - As leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por parte de cada Câmara, mediante duas deliberações sucessivas com um

intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, à maioria absoluta de cada Câmara, na Segunda votação.

Estas mesmas leis serão submetidas a referendun popular quando, no prazo de três meses a partir da sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. A lei submetida a referendun não é promulgada, senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos.

Não se procede a referendun, se a lei for aprovada na Segunda votação por cada uma das Câmaras, à maioria de dois terços dos seus integrantes."

"Constituição Americana

Artigo V - Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenção reunida para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas medidas de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e Quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado."

Acredito que os sistemas italiano e norte americanos também poderiam servir de parâmetros para dificultar o processo de emendas da Constituição Brasileira. Muito interessante o modelo americano, onde há uma efetiva participação dos Estados na elaboração e promulgação das emendas. No Brasil, poder-se-ia implementar essa idéia através da participação das Assembleias Legislativas nesse processo.

Entendemos, porém, que não basta a instituição do referendo, ou de opções alternativas, como mencionado acima, com a participação dos Estados, em relação às emendas constitucionais, para garantir a efetividade da CF/88.

É preciso, urgentemente, que haja um freio nesse processo de emendas. A Classe Política que assume a direção do País, a cada quatro anos, precisa adequar-se à Constituição Federal em vez de tentar adaptar a Carta Magna, através de emendas, aos seus anseios e interesses políticos.

Nesse diapasão, vale lembrar os comentários do Dr. **Walmir Pontes**, Professor da Universidade Federal do Ceará, durante palestra realizada no "Congresso Jurídico Brasil 2003 - 15 anos da Constituição Federal de 1988 quando mencionou que as modificações efetivadas através das emendas constitucionais tiveram como escopo dar uma feição

neo-liberal à mesma e que, na verdade, deveria haver uma emenda constitucional revogando todas as outras emendas.

De fato, a maioria das emendas constitucionais vieram piorar o texto original, adaptá-lo aos interesses políticos da classe política dirigente, como bem lembrou o mestre **Walmir Pontes**, em relação aos artigos 177 e 178, os quais passaram a permitir a ingerência do capital estrangeiro.

Vê-se, portanto, que as emendas constitucionais têm se distanciado dos interesses nacionais, dos anseios maiores da sociedade brasileira, e chegam a abalar os princípios constantes do art. 3º, inciso II e 4º, inciso I, ambos da CF/88, os quais expressam, *in verbis*:

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

I - . . .

II - garantir o desenvolvimento nacional;"

(. . .)

"Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;"

Até que ponto as alterações sofridas pelos artigos 177 e 178 possibilitam o desenvolvimento e independência nacionais? Será que essas alterações não afetam o objetivo do desenvolvimento nacional e a garantia do princípio da independência?

Observando esse amplo processo de emendas, surge um questionamento: será que chegou o momento de efetivar uma ruptura da Constituição? Será que a ordem constitucional de 1988, ao completar os seus 15 (quinze) anos já se tornou obsoleta para resolver os problemas de governabilidade? Caso a resposta seja afirmativa, impõe-se a convocação de uma nova Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, eleita especificamente para o fim de elaborar uma nova constituição para o país. Caso a resposta seja negativa, que se pondere bastante a produção de emendas à Constituição, para que os direitos garantidos pela CF/88 possam ter alguma eficácia. Nesse sentido o entendimento do Mestre, Dr. Carlos Ayres de Britto⁸, quando menciona: ***"Se a hora é de fazer um novo destino jurídico para todo o povo brasileiro (e pensamos que ainda não é), que se promova a ruptura da Constituição de modo assumido, à luz do dia, mediante a convocação de uma outra Assembléia Nacional Constituinte. Se ainda não é tempo para a epopéia do começar tudo de novo, então que as emendas se coloquem no seu devido lugar de ato normativo tão normante quanto normado."*** (destaque nosso)

⁸ Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, nº 1, janeiro/junho de 2003.

É preciso fazer uma profunda reflexão sobre o tema, e, caso se chegue à conclusão de que o texto em vigor já não atende aos anseios da sociedade brasileira, que se levante a bandeira de uma nova Assembléia Nacional Constituinte. O Poder Constituinte originário é quem tem a força de elaborar a nova Constituição por inteiro e em uma só oportunidade, de forma democrática, porque através dos representantes eleitos especificamente para este fim. O processo de emendas, efetivado através do Congresso Nacional, não tem a legitimidade para alterar a Constituição, fazendo da mesma uma verdadeira colcha de retalhos.

Diante desse quadro, acreditamos que há duas opções a serem imediatamente abraçadas: a ruptura constitucional através de uma Assembléia Nacional Constituinte ou a instauração de um rigoroso processo de emendas, nele incluindo a idéia do referendo popular.

V - NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA COMPROMETIDA COM A EFETIVIDADE E CONCRETUDE CONSTITUCIONAL

Segundo ensinamentos do Mestre **Celso Antônio Bandeira de Melo** as políticas públicas consistem em uma sucessão de políticas e atos que formam um todo, tais como o cumprimento de um projeto, de uma intenção, etc.

Citando **Bucci**, a Dr^a **Marília Lourido dos Santos**⁹, traz a seguinte definição de políticas públicas:

"(. . .) Definem-se políticas públicas como a 'coordenação do meios à disposição do estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente (ou economicamente) relevantes e politicamente determinados' (Bucci, 1997, p.91) ou simplesmente como o conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado."

Para que tenhamos a efetividade e concretude constitucionais é preciso implementar ações e projetos que se harmonizem com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, tal como consta do art. 3º da CF/88.

O art. 5º da CF/88 garante, entre outros, o direito à vida. Será que a classe política dirigente do país tem adotado políticas públicas que garantem esse direito? Uma população que não tem acesso à saúde, que carece das condições mínimas de sobrevivência, será que tem o direito à vida respeitado?

⁹ **Marília Lourido dos Santos, Boletim de Direito Administrativo, Agosto 2003, P. 630.**

O art. 205 da CF/88 estabelece que a educação é um direito de todos e dever do Estado. Será que tem havido políticas públicas eficientes, capazes de garantir esse direito, quando sabemos que no Brasil, segundo informações do INEP, há dezesseis milhões de analfabetos com 15 (quinze) anos ou mais e trinta milhões de analfabetos funcionais (pessoas com menos de quatro anos de estudo)?

Há 15 (quinze) anos da promulgação da Carta Política de 1988 e, até agora, não se resolveu graves problemas, como o da reforma agrária, o qual recebeu tratamento especial no Título VII, Capítulo III, artigos 184 a 191 da CF/88.

O art. 5º da CF/88 garante o direito à liberdade. Como pensar em liberdade se não existem políticas públicas que garantam o exercício dos direitos sociais?

Como pensar em cidadania, tal como princípio fundamental, insculpido no art. 1º, II da CF/88, se não foram criados mecanismos para sua concretização?

A classe política dominante assume a direção da nação e distancia-se da Carta Magna de 1988, na medida em que não adota políticas públicas que possibilitem a sua efetivação. A única preocupação é emendar a CF/88 de acordo com os interesses políticos dos dirigentes.

É preciso mudar essa prática e essa visão. Necessário se faz, nesse momento, a organização da sociedade civil para pressionar a classe política dominante, no sentido da adoção de políticas públicas capazes de tornar realidade os princípios maiores constantes da CF/88, a existência de uma verdadeira democracia, para, enfim, minorar o sofrimento da massa excluída que tem direito a uma existência digna.

VI - CONCLUSÃO

Após a abordagem dos tópicos supra, refletindo sobre o tema da efetividade e concretude constitucionais, chegamos às seguintes conclusões:

1 - Para haver efetividade e concretude constitucionais é preciso que a Constituição Federal de 1988 se torne conhecida pela **ampla maioria da população brasileira**, o que ainda não aconteceu, de forma que se torna urgente a adoção de projetos que possibilitem esse conhecimento. Dessa forma, sugerimos à ANAPE que desenvolva, nos Estados, projetos no sentido de levar o conhecimento da CF/88 às comunidades locais;

2 - Para que a CF/88 se torne efetiva, é preciso utilizar melhor os instrumentos jurídicos que garantem a sua eficácia, tais como **a ação direta de**

inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação declaratória de constitucionalidade. É preciso também lutar para que o Supremo Tribunal Federal, no tocante ao mandado de injunção adote o posicionamento do Ministro Néri da Silveira, segundo o qual se deve, primeiramente, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional para que ele, exercitando sua competência, faça a lei indispensável ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Se o Congresso Nacional não fizer a lei em certo prazo que se estabeleceria na decisão, o STF poderia dispor a respeito do direito, no caso concreto. No caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias, **em determinado prazo a ser fixado na decisão.** É claro que havendo descumprimento desse prazo, o Poder Judiciário não poderá suprir a omissão, em face do princípio da separação de poderes. No entanto, o descumprimento do prazo fixado servirá como um poder de pressão para que a sociedade civil organizada e os partidos políticos possam cobrar a adoção das providências necessárias, para suprir a omissão, dando-se ampla publicidade ao caso.

3 - A efetividade e concretude da CF/88 depende, também, da regulamentação imediata de todos os seus dispositivos que ainda carecem da mesma, de modo que sugerimos a elaboração de proposta ao Congresso Nacional

para a realização de um "mutirão" legislativo nesse sentido;

4 - Diante da proliferação de emendas à Constituição, apresentamos duas propostas alternativas: Lutar por uma nova Assembléia Nacional Constituinte, eleita especificamente para o fim de elaborar uma nova Constituição **ou** limitar as possibilidades de Emendas Constitucionais, exigindo a condição do referendo popular, bem como a participação dos Estados, através das Assembléias Legislativas, para aprovação das mesmas;

5 - É preciso lutar pela adoção de políticas públicas capazes de dar efetividade e concretude aos princípios constitucionais, tornando possível a realização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde os cidadãos tenham iguais oportunidades e, dessa forma, tenham assegurados o direito à vida, à liberdade, a uma existência digna.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- 1- Constituição Federal de 1988.
- 2- DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- 3- DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.
- 4- BONAVIDIS, Paulo. A Constituição Aberta. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- 5- Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Número 01, Janeiro/Junho de 2003, Editora Del Rey.
- 6- Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdade do Brasil nº 01, Março/Agosto de 2002.
- 7- Boletim de Direito Administrativo - Agosto/2003.