

O Direito Constitucional e as lacunas da lei

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO

SUMÁRIO

1. O direito e suas lacunas. 2. A supremacia da Constituição. 3. A eficácia das disposições constitucionais. 4. As lacunas. 5. As omissões parciais. 6. O direito à emanção da norma. 7. O mandado de injunção. 8. A ação direta de inconstitucionalidade. 9. Mais uma vez a eficácia das normas constitucionais.

1. O direito e suas lacunas

O Estado moderno, ao organizar-se, garantindo as liberdades, a segurança e a propriedade, estabeleceu, também, e aos poucos, um sistema jurídico único, codificado, abrangente, que regulasse todas as situações jurídicas pensáveis.

Esse sistema, assim surgido, tinha como base e fonte principal a lei, que, evidentemente, não podia, apesar da vontade idealizada pelos seus criadores, cobrir todo o universo das relações sociais que tivessem ou viessem a ter relevância jurídica. Assim, à medida que as leis eram elaboradas e aplicadas, regulando a vida em sociedade, que avançava e rapidamente se modificava, iam-se revelando fissuras no sistema, espaços não legislados que requeriam providências dos órgãos públicos para resolver a situação criada.

A solução ideal para o sistema seria criar nova lei pelo órgão legislativo, mas a lei sempre se projeta para regular situações futuras, não para casuisticamente acertar inaptações passadas, aliás nisso reside todo o sentido de justiça do sistema: a edição da norma é impessoal, geral e abstrata. Portanto, a lei pode suprir lacunas para o futuro, mas não resolve a ausência atual. As lacunas abertas é que são o tema de discussão, os fenômenos relevantes

Carlos Frederico Marés de Souza Filho é Procurador do Estado do Paraná, Professor de Direito Agrário e Ambiental da PUC-PR, Mestre em Direito Público, Doutorando pela UFPR e Presidente do Instituto Socioambiental.

para o direito ou para o sentido de justiça, para a solução de problemas públicos.

A lacuna legislativa é uma fatalidade, dizia José de Oliveira Ascensão, podendo ocorrer por deficiência de técnica legislativa, por intenção de não regular a matéria e por imprevisibilidade. Entretanto, qualquer que seja a razão de sua existência, ocorrendo a lacuna, é necessário que seja suprida para resolver o caso concreto. Seguramente, será diferente a solução para colmatá-la se a lacuna for intencional ou causada por imprevisibilidade, mas há de se fazê-lo em qualquer hipótese¹.

A lacuna é uma incompleição do sistema. Portanto, ela somente pode existir se a falha, a fissura, a incompletude se der em situação valorada pelos princípios ou Plano Geral do sistema, que necessariamente tem de haver. Assim, se é apresentada, em um juízo, uma ação para dirimir a dúvida sobre como deve ser entendido um estilo literário ou arquitetônico, não pode o juiz aceitá-la, porque o sistema não valora esta questão como jurídica; nesse caso, não há lacuna da lei, a falta de regulamentação é intencional no sistema, não há relevância jurídica na interpretação literária. Entretanto, se o fato apresentado versasse sobre direitos individuais não-regulados, e como direitos individuais relevantes para o sistema, o juiz tem a obrigação de decidir, suprimindo a lacuna da melhor forma que lhe fosse possível.

Assim, o próprio sistema cria os meios para suprir a lacuna. O exemplo clássico é a disposição do Código de Napoleão que, em seu art. 4º, dispunha:

“O juiz que se recuse a julgar sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de Justiça”.

O sistema jurídico brasileiro adotou a fórmula de utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, como expressa a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º) e o Código de Processo Civil (art. 126).

Exatamente por isto, Vanossi, apoiado em Cossio, afirmava que, se há juízes, não há

lacunas, mesmo que o juiz negue o pedido por falta de lei que o fundamente². Com esse raciocínio, Vanossi deseja demonstrar que a existência de lacunas no direito é logicamente impossível, pois, se há lacuna, o juiz não pode deferir o pedido, e, se o pedido foi indeferido, fica demonstrado que lacuna não há.

Ruy Cirne Lima, em pequeno estudo sobre lacunas e conflitos de leis, realizado a partir de idéias de Emilio Betti, esboça a tese de que somente são pensáveis lacunas se houver duas normas com a mesma intensidade, valor, hierarquia e tempo que se contradigam. Nesse caso, as duas normas se excluem, gerando uma lacuna de aplicação irremovível³. Imagina, assim, que só pode se falar em lacuna se houver norma jurídica que tornou aquele fato relevante para o direito. Mas se há a norma, não há lacuna. Portanto, é necessário que haja outra norma de igual valor, hierarquia e tempo, para que as duas sejam ao mesmo tempo aplicáveis e revogadas. É um exercício de imaginação, de fantasia ou de sonho.

Essa discussão, porém, é bizantina e sem nenhum resultado prático. Os que defendem a possibilidade lógica das lacunas e os que a negam chegam à mesmíssima conclusão: o juiz, no caso concreto, deve julgar; não havendo lei aplicável, aplicará o costume, a analogia, a equidade e os princípios gerais do direito ou negará o direito individual.

Ora, os argumentos de cada uma das correntes chega ao mesmo lugar, e não apresentam nem revelam a profundidade das divergências. Ou se diz que não há lacuna porque o próprio sistema criou um meio de integrá-las, ou se diz que, se o sistema encontrou um meio de integrá-las, é porque elas existem.

Vanossi apresentava, em 1961, na revista *Estudios de Derecho de la Universidad de Antioquia* (Medellin, Colombia), uma análise das lacunas a partir do ponto de vista da teoria pura, usando para isso principalmente os trabalhos de Cossio, mas também de Kelsen⁴.

² VANOSSO, José Reinaldo. *Teoría constitucional*: supremacia y control de constitucionalidad. Buenos Aires: Depalma, 1976.

³ LIMA, Ruy Cirne. *Lacunas e conflitos de leis*. Porto Alegre: Sulina, 1964.

⁴ VANOSSO, op. cit. Apêndice, p. 469-86. O autor esclarece que republica este artigo quinze anos depois, exatamente porque atualmente a discussão aviventou-se com a “chamada jurisdição constitucional”.

Para isso, descrevia as diversas posições jurídicas existentes em categorias especialmente criadas para este fim. Desta forma, expõe as “correntes” do pensamento jurídico contemporâneo sobre o tema: o realismo ingênuo, o empirismo científico, o pragmatismo, o ecletismo e o apriorismo filosófico, além, está claro, da teoria pura.

Chama de realismo ingênuo a idéia de que o ordenamento jurídico é tão-só um “catálogo abstrato dos casos contemplados pelo legislador”; essa corrente, com visão mecânica do direito, assistemática, vislumbra lacunas geradas na própria limitação da inteligência humana. É claro que, para que se negue ou se reconheça a existência de lacunas, até mesmo para que se considere o caso, é necessário que se identifique o direito como um sistema, caso contrário perde sentido a discussão.

O empirismo científico nega a existência de lacunas, porque é universalmente válido o princípio “em direito tudo o que não está proibido está permitido”. Citados como principais defensores dessa corrente, Zitelman e Donati entendem que toda restrição à liberdade jurídica dos indivíduos é uma exceção à regra geral, fundamental, negativa do direito de que tudo é permitido.

O pragmatismo é a teoria de Coviello, pela qual, evidentemente, há lacunas no direito, mas é necessário se comportar como se não existissem porque, caso contrário, a sociedade ficaria fragilizada por temer que o direito possa, em determinadas situações, não resolver os casos concretos. Diz Vanossi que essa postura utilitária não merece a crítica da ciência, mas da ficção.

Os ecléticos (García Máynez, entre outros) a seu turno, ainda segundo Vanossi, imaginam que não há lacunas no direito, mas sim na lei. Afirmam que essa idéia está presente em Ihering quando distingue entre a plenitude do direito “latente” e as lacunas do direito “conhecido”. Vanossi tece dura crítica a esses pensadores e cita Cossio:

“El derecho como un todo, además de la suma de normas, es la estructura que las totaliza en una unidad y que cualquier <todo> empírico no tiene una realidad separable de cualesquiera de aquéllas”⁵.

O apriorismo filosófico, diz Vanossi,

“parte de la base *a priori* de la primacía

necesaria y absoluta del <todo> sobre sus partes, no admitiendo que existan casos fuera del <todo>, pues ello implicaría una contradicción (ya no sería <todo>)”⁶.

No mesmo sentido, Vanossi explica a posição da teoria pura como desenvolvimento do apriorismo filosófico, já que igualmente trata do todo, reconhecendo o direito como uma totalidade que regula a própria criação e se integra com sua aplicação. Assim, diz Vanossi,

“el juez participa en el proceso creador, otorgando a la norma individual una fisionomía típica. Vemos así que el juez tiene parte activa en la integración del ordenamiento jurídico e que la sentencia que dicta es la última etapa del proceso de creación jurídica que va de lo general y abstracto a la esfera de lo individual y concreto.”⁷

Kelsen considera as lacunas a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta⁸. Portanto, para a teoria pura a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que, em consequência, não é jurídico. Trazer a discussão para dentro do direito só é possível por quem espera do juiz um julgamento pelos princípios subjetivos da justiça, e não pelas razões técnicas da lei.

Em todo caso, no mundo da realidade ou dos sonhos, quando o juiz julga interpretando ou substituindo a lei, está recriando o direito e assim completando-o, por existir lacuna, ou aplicando-o, por não existir. A obrigação de julgar leva o juiz a entender o direito como uma totalidade e, cada vez mais, o direito volta ao princípio napoleônico de que não pode haver recusa sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei. Essa obrigação de julgar gera para o indivíduo um direito subjetivo de encontrar solução, oferecida pelo Estado por meio do Judiciário, ao caso concreto litigioso.

Tendo assim visto, fica claro que é possível encontrar um denominador comum a todas as “correntes”: as divergências se acomodam e todas reconhecem que, com lacuna ou sem ela, o direito de estar em juízo e obter uma decisão é realidade jurídica.

Tomemos como exemplo a mais ostensiva lacuna do direito brasileiro: o instituto da manumissão. Não há uma única linha, em toda

⁶ Op. cit. p. 474.

⁷ Ibidem, p. 475.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1962.

⁵ COSSIO apud VANOSSO, p. 473.

a legislação novecentista brasileira, acerca da manumissão dos escravos, porém era, efetivamente, um direito. Há vários julgados conhecidos em que esse direito foi reconhecido, bastava que o escravo pagasse seu preço perante a autoridade para se ver livre, por sentença. Mas não havia lei, e, seguramente por isso, muitas manumissões foram liminarmente negadas⁹.

Sob a ótica de qualquer das teorias descritas por Vanossi, a ausência da manumissão de escravos no direito brasileiro poderia demonstrar claramente:

a) a existência de lacunas no direito, o que obrigava aos juízes julgarem, por sua obrigação de julgar, fundados no costume, apesar de não ter lei;

b) a completude do direito, tanto que os juízes sequer precisavam de lei para julgar.

Assim, essa discussão perde sentido e utilidade, porque se resolve por si mesma no reconhecimento universal do direito à sentença. Entretanto, se passarmos à esfera do Direito Constitucional contemporâneo, a discussão ganha novas proporções, porque então já não se trata de direito à sentença que solucione a causa concreta levada a juízo, mas do direito à existência de norma reguladora do exercício de determinado direito consagrado, mas não regulamentado na Constituição. O direito público subjetivo e individual impõe ver ditada a sentença que transforma em direito público coletivo a emanação de norma.

2. A supremacia da Constituição

Todas as doutrinas citadas por Vanossi, refutando ou demonstrando a existência de lacunas, não levavam em conta a Constituição, porque a forma integrativa era proposta, exclusivamente, na aplicação infraconstitucional. Entretanto, à medida que o direito público, em especial o Direito Constitucional, começou a deixar de ser um receituário para a organização estatal e ganhou *status* de ordenador da sociedade, à medida que o direito começou a deixar de ser a ciência normativa das relações entre pessoas, na qual a propriedade acabava por ser o grande e paradigmático direito, novos problemas afloraram.

⁹ Ver sobre omissão da lei em casos de escravos e índios em meu trabalho *O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. Estudos Jurídicos*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 20-36, ago. 1993.

O primeiro deles, e o que mais importa para o estudo das lacunas, foi a migração dos princípios gerais do direito, do âmbito das relações interpessoais civis, para princípios constitucionais que inspiram não apenas as relações privadas, mas, principalmente, as de caráter social, coletivo, geral. Deixam de ser princípios obrigacionais para virem a ser princípios de ordem social. O Plano Geral do Direito – seus princípios e fundamentos – passou a ser insculpido na Constituição com caráter normativo e impositivo.

O primeiro passo dado foi o fim da concepção liberal de Constituição e de Estado. O Estado deixou de ser só a garantia da liberdade para se transformar em ordenador da economia e da estrutura social. Para isso, o Estado necessitava de instrumentos jurídicos poderosos não só para intervir na propriedade privada (conceitos como função social da propriedade e limitações administrativas), mas para garantir o bem-estar social e pôr fim à indigência e à injustiça que se instalavam ou cristalizavam na sociedade.

Com isso mudaram as Constituições, que deixaram de ser instrumentos de organização do Estado e das garantias individuais e passaram a definir a ordem econômico-social e os parâmetros das políticas públicas. Hesse, em 1959, dizia:

“A Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”¹⁰

As Constituições passaram a definir tarefas para a sociedade, a preparar o futuro, e cada povo que, a partir daí, escrevia a sua nova Constituição em liberdade o fazia com perspectivas de futuro. Por isso, Carlos Maximiliano, ao apresentar os princípios da hermenêutica, sustentou que:

“O Código fundamental tanto prevê no presente como prepara o futuro. Por isso, ao invés de se ater a uma técnica interpretativa exigente e estreita, procura-se atingir um sentido que torna efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não que o contrariem ou reduzam à inocuidade.”¹¹

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 15.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 307.

As Constituições atuais e democráticas, portanto, ao lado da legitimidade outorgada pelo prestígio popular, exercem no sistema jurídico uma supremacia, que significa conformar o sistema, todas as normas jurídicas, à sua vontade e orientação. Elas são dotadas de normatividade e determinam ao legislador a obrigação de regular determinadas matérias por lei. Assim como o juiz tem obrigação de julgar qualquer caso, e sempre que chamado a fazê-lo, o legislador é obrigado a prover a sociedade de leis que regulem as matérias determinadas pela Constituição. O corolário disso é que, assim como o cidadão tem direito à prestação jurisdicional, a sociedade, ou a cidadania, tem direito à emanção da norma.

A supremacia da Constituição não é apenas jurídica, há nela também um sentido ideológico, isto é, ela desempenha um papel de organização do sistema sócio-político, conservando o existente ou propondo transformações para ele. Portanto, quando uma Constituição propõe alterações no sistema sócio-político, essas alterações são impositivas e devem ser feitas ou observadas.

Desse entendimento não se furta o jurista cubano Julio Fernández Bulte:

“...la supremacía constitucional tiene que entenderse, a fortiori, como supremacía normativa y como supremacía político-ideológica. En este último sentido, la supremacía constitucional desempeña el rol de conservación del sistema socio-político de las relaciones económicas consagradas.”¹²

Mas nem tudo está escrito, claro e pronto na Constituição. Ela compõe-se de um dever-ser construído depois pelas normas legais:

“A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição, resultam da correlação do ser e dever-ser”¹³

A Constituição não enche toda a ordem jurídica, como dizia Pontes de Miranda:

“Quando Hans Kelsen viu, na respeitabilidade maior da Constituição, sinal

¹² BULTE, Julio Fernández. Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. *El Otro Derecho*, Bogotá. v. 6, n. 2, 1994.

¹³ HESSE, op. cit. p. 24.

de ser total e parciais a lei federal e as locais, esqueceu-se de que a Constituição também não é total, não enche toda a ordem jurídica do Estado, e muitas vezes se limita a pontos capitais de organização.”¹⁴

O que houve, na verdade, é que a ficção ou o sonho da humanidade, por aquilo que Kelsen chamava uma ordem melhor ou mais justa, e que estava fora do direito, foi introduzida ao direito como norma constitucional. Os povos, ao escreverem as suas Constituições, não estão apenas querendo dizer como são ou como é sua sociedade, mas como sonham que seja. Essa diferença entre a realidade normativa e o sonho, que Kelsen chamou de lacuna do lado de fora do direito, agora é realidade jurídica, ainda difícil de concretizar, mas impossível de negar e agora dentro do direito.

3. A eficácia das disposições constitucionais

Sendo os dispositivos constitucionais dotados de poder normativo e impositivo, cumpre saber da eficácia dessas normas, porque a lacuna, agora introduzida no sistema jurídico, é a diferença entre a vontade da norma constitucional e a possibilidade real de sua aplicação, ou, dito de outra forma, o fim da norma e sua eficácia.

Utilizando a classificação proposta por José Afonso da Silva, de que as normas constitucionais podem ter *eficácia plena e aplicabilidade direta; eficácia contida e aplicabilidade direta e eficácia limitada*¹⁵, podemos, de imediato, concluir que, se estamos diante de normas de plena eficácia, não há hipótese de haver lacunas; mas as normas de eficácia contida e limitada podem gerar lacunas quando há uma determinação, imposição ao legislador a completá-la, e ele não a cumpre.

Quer dizer, se a norma constitucional, dotada de normatividade, impõe ao legislador a feitura de norma infraconstitucional para ela adquirir eficaz plenitude, estamos diante de uma lacuna criada pela Constituição, porque há um assunto de relevância jurídica que,

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1963. t.1.

¹⁵ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

embora assim reconhecido pela Constituição, por falta de concretização por meio de normas infraconstitucionais, não gera na sociedade os efeitos reguladores que deveria ter. Dito ainda de outra forma, a Constituição criou direitos que, para serem gozados, dependem de leis determinadas pela mesma Constituição. Se o legislador não cumpre essas determinações, em desobediência ao comando constitucional, está criada uma lacuna dentro do direito e não fora dele.

Aqui encontramos espaços vazios, fissuras, falhas que precisam ser preenchidas. Essas fissuras não retiram a normatividade dos dispositivos constitucionais, apenas diminuem a sua eficácia. A normatividade dos dispositivos constitucionais exige dos poderes do Estado a criação de normas jurídicas que lhe dêem plena eficácia.

Toda norma constitucional tem, como demonstra Clèmerson Merlin Clève¹⁶, aptidão para revogar as disposições em contrário, vincular o legislador e conferir direitos subjetivos negativos, além de informar o sentido da Constituição, definindo sua interpretação e integração, e condicionar o legislador impondo certos deveres e ações.

As quatro primeiras aptidões são cumpridas sem qualquer problema, imediatamente, não se questionando sua eficácia. É claro, promulgada a Constituição, as disposições da legislação anterior em contrário não serão recepcionadas, restando revogadas; o legislador está imediatamente vinculado à elaboração de normas de acordo com imposição constitucional, e ninguém poderá ser compelido a ação contrária àquele dispositivo. Porém, quando a norma impõe deveres e ações ao legislador, enquanto não houver tal prática, pode a Constituição, naquele dispositivo, prescindir de eficácia. Quer dizer, a omissão do legislador que frustra a vontade constitucional cria uma lacuna no sistema, dentro dele, positivamente a ele compreendido.

No dizer de Canotilho, a omissão do legislador é jurídico-constitucionalmente relevante quando não concretiza ou não concretiza completamente uma imposição constitucional concreta¹⁷.

¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 216 e seg.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador : contributo para a compreensão das normas*

4. As lacunas

Talvez não seja correto chamar estas fissuras abertas pela necessidade de regulamentação das normas constitucionais para dar-lhes plena eficácia de lacunas constitucionais. A lacuna não está na Constituição, não foi o constituinte originário que a gerou com sua omissão. Ao contrário, o constituinte originário apenas ordenou que o legislador constituído regulasse determinado direito para que pudesse ser eficazmente exercido, ou criou o direito esperando que seu exercício fosse regulamentado pelo legislador ordinário.

Somente existiriam lacunas constitucionais propriamente ditas se, aceito o conceito de normas materialmente constitucionais, em contraposição às formalmente constitucionais, encontrássemos fissuras que representassem ausências de idéias constitucionais que deveriam ter sido reguladas e não o foram. Porém essa discussão e verificação é talvez ainda mais inútil que a travada sobre as lacunas no sistema jurídico. Isso porque, se uma Constituição deixasse de lado alguma idéia culturalmente fundamental para determinada sociedade, ou ela seria ilegítima ou a sociedade a teria como princípio constitucional ainda que não escrito.

Por exemplo, uma Constituição contemporânea e ocidental que não garantisse o direito à vida ou à integridade física de seus cidadãos estaria descomprometida com seu tempo e seria apenas uma folha de papel, como dizia Lassalle.

O que ocorreria, neste caso, seria um repúdio à Constituição ou o entendimento de que o princípio omitido, de tão óbvio, nem precisava ser escrito, apenas obedecido. Esse é o sentido da afirmação de Hesse:

“A Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade.”¹⁸

Fora disso, as omissões materialmente constitucionais são omissões conscientes ou “silêncios eloqüentes”, ou ainda, parafraseando

constitucionais programáticas. Coimbra : Coimbra Ed. 1992.

¹⁸ HESSE, op. cit. p. 24.

Bartolomé Clavero, o silêncio da Constituição é também Constituição¹⁹.

Portanto, não se trata aqui de analisar eventuais lacunas ou silêncios da Constituição, como a falta do Poder Moderador. Trata-se de analisar a omissão do legislador constituído que, obrigado a editar norma concretizada da Constituição, omite-se, ainda que parcialmente. Somente pode-se falar em lacuna quando houver obrigação do legislador em concretizar direito expresso na Constituição, não quando simplesmente se descobre situação fática nova não coberta pelo sistema jurídico, pois, nesse caso, estamos diante da velha, surrada e dispensável discussão sobre as lacunas do sistema infraconstitucional.

Essas lacunas surgem conscientemente, ou porque não há consenso suficiente entre os constituintes originários para formatar integralmente o novo direito, ou porque o grau de dificuldade ou detalhamento exige discussões posteriores. Pode haver também, evidentemente, lacunas geradas por deficiências técnicas, inconscientes, dos constituintes.

Durante a elaboração da Constituição de 1988, no Brasil, os constituintes, muitas vezes, não podiam deixar de contemplar determinados direitos, porque eram desejados e exigidos pela sociedade, mas, ao mesmo tempo, não havia maioria suficiente para garanti-los na íntegra. Rapidamente, aprenderam que poderiam incluí-los na Constituição, mas retirar-lhes eficácia imediata; poderiam impor uma regulamentação infraconstitucional que diferisse a discussão para outro fórum em outra oportunidade. Por isso, os capítulos mais polêmicos foram, também, os mais relativizados. Nos quatro artigos que tratam da reforma agrária, há cinco remissões a leis que retiram a eficácia plena das normas.

A fissura nasce no exato momento da promulgação da Constituição, mas não pode ser inquinada de inconstitucional imediatamente, pois a inconstitucionalidade ou a prática inconstitucional do legislador se opera quando, tendo tido tempo para legislar, não o fez. Quer dizer, a lacuna nasce com a Constituição, mas seu estado de inconstitucionalidade é adquirido

com o tempo. A Constituição brasileira, ao regulamentar o processo legislativo, definiu que os trâmites urgentes têm um prazo máximo de 45 dias para se completar. Assim, seria impensável que a inconstitucionalidade ocorresse antes desse prazo (§ 2º do art. 64).

Hoje, no Brasil, passados seis anos da promulgação da Constituição de 1988, fica irrelevante a discussão do razoável quanto ao tempo de preenchimento das lacunas oriundas das determinações constitucionais. Todas as omissões são, nesta altura, práticas inconstitucionais. É claro que sempre é oportuna a discussão, já que as emendas constitucionais podem também gerar lacunas.

As lacunas podem ser vistas, a partir do enfoque, como bloqueantes do exercício de direito subjetivo pessoal e bloqueantes de direito geral (coletivo ou difuso) ou como totais e parciais. Cada uma dessas situações se apresenta como problema diverso, de evidente solução diferente.

5. As omissões parciais

Quando o legislador ordinário é compungido a editar uma norma, ele pode fazê-la ou não. Se não a fizer, estamos diante de uma omissão total. Se a fizer, mas não cobrir todo o espaço jurídico abrangido pelo dispositivo constitucional, estamos diante de uma omissão parcial. Se para a omissão total poderia sempre haver a discussão do prazo, do tempo razoável de formulação e processo legislativo, para a parcial já fica excluída essa análise e podemos de plano dizer que estamos diante de uma inconstitucionalidade, imediatamente seja publicada a Lei incompleta.

Entretanto, será esta inconstitucionalidade por omissão ou por ação? Será inconstitucional a parte omitida, ou a parte concreta exatamente porque omitiu situação que não poderia ter omitido? pode-se perguntar ainda se a omissão foi voluntária, intencional, silêncio eloquente, sendo, portanto, lei, como diz Clavero, ou foi esquecimento, imperícia, ignorância do legislador?

A todas essas perguntas somente tem sentido buscar uma resposta se, e quando, for possível ajudar no preenchimento da lacuna aberta. Nesse passo, podemos esquecer um pouco o Direito Constitucional e buscarmos uma solução infraconstitucional. Pois bem, nas

¹⁹ Bartolomé Clavero, o historiador do direito constitucional espanhol, professor da Universidade de Sevilla, ao analisar o silêncio da Constituição espanhola sobre certas atribuições do poder judiciário, diz: "la falta de la ley, también es ley". CLAVERO, Bartolomé. *El tercer poder*. Frankfurt am Main : Vittorio Klostermann, 1992.

omissões parciais, é evidente uma lacuna do direito, e a solução, se se tratar de mera imperícia, esquecimento ou ignorância, está contida na velha Teoria Geral, a analogia e a equidade a resolvem na adequação da norma ao caso concreto pelo juiz.

Temos um efetivo problema de relevante inconstitucionalidade, quando a omissão for intencional. A intencionalidade, porém, há de ser aferida pela própria norma ou conjunto de normas. Caso não esteja clara a intenção do legislador em excluir da regulamentação determinadas situações ou pessoas, a presunção há de ser que houve uma omissão não desejada, aplicando-se a regra hermenêutica de Carlos Maximiliano: “Entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato da autoridade.”²⁰

A norma pode manifestar evidência na intenção de ser omissiva, utilizando palavras como “só”, “somente”, “exclusivamente”, etc, ferindo o mandamento constitucional, especialmente o princípio da igualdade. Nesse caso, a inconstitucionalidade é manifesta e de fácil solução, basta excluir da norma o que é excludente para que ela retome a constitucionalidade. Pode ocorrer que a manifestação de intencionalidade não seja tão clara, nem tão facilmente removível, mas, apesar de sutil, terá de ser revelada e, se assim o for, sua exclusão colocará a norma na situação daquelas omissivas por imperícia, olvido ou ignorância, e o próprio sistema tem já meios de superá-la.

Portanto, a existência de omissões parciais parece não trazer ao direito grandes problemas, já que sua solução não necessita senão de juízes, como dizia Cossio. Surge para o direito efetivamente um problema quando a falta de norma impede o exercício de direito, individual ou coletivo, estabelecido na Constituição (portanto, existente no direito positivo), fazendo com que o juiz o negue a seu titular exatamente porque falta norma reguladora.

6. O direito à emanção da norma

O problema das lacunas normativas surge, assim, quando, ungidos a editar norma regulamentadora da Constituição, sem a qual sua eficácia positiva fica comprometida, os poderes públicos, em tempo razoável, não o fazem. Nessa situação, a efetividade da Constituição, em compasso de espera, não pode ser realizada

e, em se tratando de uma Constituição compromissória, que garantiu a participação na sociedade e a aquisição de direitos a largos espectros sociais, essa omissão acarreta prejuízo concreto, sempre para a sociedade e muitas vezes para o indivíduo, impedindo a realização de direitos individuais subjetivos.

As lacunas da lei, dizia Kelsen, não são mais do que a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais reta, existente no sonho dos homens, mas absolutamente fora do direito²¹. Ocorre, como já dissemos, que o sonho dos homens foi normatizado em uma Constituição comprometida com seu tempo. A Nação, por seus representantes, quis esse sonho transformado em direito. Agora, portanto, temos nova categoria de lacuna, que é a diferença entre o direito positivo infraconstitucional e a ordem melhor, mais justa e mais reta existente no direito positivo constitucional.

Assim, se antes poder-se-ia argumentar que a tarefa de preencher, colmatar, integrar as lacunas era meramente política, hoje é uma tarefa eminentemente jurídica, porque o que se deseja é a concretização de um conjunto normativo, impositivo, legislado na Constituição, ainda que para isso seja necessária a mobilização das forças políticas.

Quer dizer, para usar os termos de Lassalle, a vontade que existia na Constituição real foi finalmente plasmada na Constituição jurídica. Mais do que nunca, é necessário que ela não seja de papel, mas de fino aço, suficientemente flexível para vergar à força dos novos ventos, mas inquebrantável para impor sua vontade aos legisladores, juízes e administradores públicos.

Portanto, ao reconhecermos a lacuna e ao caracterizarmos-la como interna ao direito, temos de encontrar, ou inventar, material jurídico suficiente que a preencha.

A analogia, os costumes e a equidade já não são materiais suficientes e de qualidade para a tarefa de preenchimento dessa nova categoria de lacuna. Quando a norma constitucional autolimita a sua eficácia para que se cumpra determinada condição, ato ou tempo, ela está afastando a analogia e os costumes (solução encontrada na Lei Civil), porque, nesse caso, a norma constitucional está intervindo na realidade e não apenas a descrevendo, e, se assim é, busca alterar costumes e regras que

²⁰ MAXIMILIANO, op. cit. p. 307.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1962.

considera superados ou por superar. A criação do novo direito individual ou coletivo é, evidentemente, nova, ou existiria no ordenamento anterior e seria apenas corrigida ou recepcionada pela nova ordem.

Se a Constituição quer intervir na realidade, o que deseja é uma nova lei, é a criação, invenção, produção de nova lei. Entretanto, é também bom deixar claro que a Constituição sempre baliza essa nova lei. Não é qualquer lei, em qualquer sentido, o que interessa para colmatar a lacuna conscientemente criada, mas uma lei que tenha determinada direção, conteúdo e sentido. Quer dizer, a Constituição deu o parâmetro pelo qual se regerá o legislador, de tal forma que, ao não segui-lo, incorrerá em inconstitucionalidade por ação.

Sendo assim, não é que a Constituição, por capricho, queira um trabalho legislativo novo. Longe disso, o que há é o estabelecimento de novo direito ou novos parâmetros para a compreensão de direitos velhos e, por isso, necessidade de nova lei. Este trabalho legislativo, por isso mesmo, é pautado dentro de coordenadas de direção, portanto não é criação aleatória e discricionária, mas regulamentação do exercício de um direito já criado. Evidentemente há, neste ato de regulamentação, apesar das diretrizes já traçadas, grandes espaços de formulação, caso contrário, não haveria lacuna.

Com isso, fica consagrado o direito à emanção da norma que pode ser visto a partir do direito subjetivo individual ou do direito da sociedade de ver cumprido o desiderato da Constituição que elaborou por meio de seus representantes. Portanto, o direito à emanção da norma não é apenas mais um direito individual, que somente pode ser exercitado no momento em que se frustra um interesse ou direito imediato do titular. Quer dizer, esse não é um direito apenas patrimonial. Longe disso, o direito à emanção da norma entra na categoria dos direitos difusos, interesse de todos, que cada um tem por ser membro de uma comunidade, e não por ser titular de um patrimônio.

A solução ideal prevista na Constituição de 1988 para colmatar estas lacunas é o processo legislativo, com suas legitimidades, tempos e competências. É justamente quando esse processo não ocorre que se está diante de uma omissão inconstitucional. Por isso, a Constituição de 1988 apresentou dois instrumentos diferentes do processo legislativo para tentar suprir essas faltas: o mandado de injunção e a

ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

7. O mandado de injunção

O mandado de injunção é remédio constitucional para que a ausência de norma regulamentadora não torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Disposto no art. 5º, LXXI, da Constituição federal, não dá margem a dúvidas de que se trata de direito e garantia fundamental do cidadão, posto que inserido neste capítulo da Constituição²².

São pressupostos do mandado de injunção: a) a falta de regulamentação; e b) a inviabilização ou obstaculização do exercício de direito ou liberdade constitucional, segundo Marcelo Figueiredo²³.

O que está dito na Constituição é que, se há omissão do Legislativo ou do Executivo em regulamentar o exercício do direito, o Poder Judiciário poderá intervir para, no caso concreto, garantir o exercício, inclusive quanto ao seu modo.

Fica claro que não se trata aqui da possibilidade de o Judiciário transformar-se em Poder legislador, substituindo o legislador ou o administrador, usurpando-lhes as funções, mas de conformar o exercício de direito ou liberdade constitucional, em concreto, com o desiderato da Constituição, inviabilizada ou obstaculizada pela inércia dos outros poderes.

A finalidade do mandado de injunção, segundo José Afonso da Silva, é

“conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação”²⁴.

Portanto, não é criar a norma, mas encontrar, no próprio sistema jurídico constitucional, fundamento para garantir o exercício do direito ou liberdade obstaculizados.

²² “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 e à cidadania.”

²³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 387.

O titular do direito obstaculizado, pessoa física ou jurídica, tem legitimidade para ingressar em juízo em busca da concreção de seu direito por meio de mandado de injunção. Entretanto, há de ser seu o direito, não sendo lícito postular em nome próprio direito alheio.

Competente para receber o mandado de injunção, processá-lo e julgá-lo é o STF quando a norma regulamentadora não-editada fora atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal; excetuados esses casos, a competência é do Superior Tribunal de Justiça²⁵.

Em que pese alguns juristas brasileiros atribuírem a fonte do mandado de injunção à tradição inglesa (José Afonso da Silva e Marcelo Figueiredo), parece haver uma distinção muito grande entre este remédio brasileiro e aquele.

O mandado de injunção brasileiro somente tem sentido num sistema positivista de direito se dermos à Constituição um caráter normativo integral. Isto é, somente faz sentido se forem abandonadas as velhas idéias de que as normas programáticas de uma Constituição somente têm valor para uma orientação longínqua no momento de elaboração legal, quer dizer, servem de parâmetro para um dia, quando o legislador for produzir normas infraconstitucionais, tê-las em conta. O sistema inglês é totalmente diferente.

Na realidade, todas as normas da Constituição, do preâmbulo às disposições transitórias, são normativas e cogentes. Exatamente por isso, se o legislador ou o administrador não cumpre o desiderato da Constituição realizando a norma regulamentar, o próprio sistema repara a falha por meio do Poder Judiciário.

No sistema brasileiro, porém, o Poder Judiciário se vê inibido de completar a norma, porque estaria substituindo o legislador e, portanto, ferindo a divisão de poderes. Assim tem entendido o Supremo Tribunal Federal e tem sido muito tímido na solução dos mandados de injunção.

²⁵ Apud MEIRELLES, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 13. ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1989. p. 135 e seg.

Na verdade, trata-se de interpretação e de colmatagem interpretativa, ainda que isso possa implicar verdadeira realização de norma complementar à Constituição. Entretanto, este é o caminho determinado pela própria Constituição.

8. A ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade não é uma novidade na história das Constituições brasileiras, mas em 1988 foi fortemente alterado o seu caráter.

Antes de 1988, a arguição era competência exclusiva do Procurador-Geral da República, nomeado *ad nutum* pelo Presidente da República. Isto é, apenas no interesse da Administração Pública Federal eram arguídas inconstitucionalidades de leis ou atos normativos. O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, não era um Tribunal Constitucional, mas apenas a cúpula do Sistema Judiciário brasileiro.

Em 1988, muda a concepção de Constituição, passa a ser normativa, impositiva e, por isso mesmo necessitar de um Tribunal Constitucional que tivesse como finalidade principal, senão exclusiva, o controle da constitucionalidade dos atos normativos.

Essa mudança de direção geral impôs à ação direta de inconstitucionalidade novas legitimidades, ainda não tão amplas como poderia desejar a cidadania, mas suficientes para garantir um mínimo controle efetivo.

A par de ampliar o leque de legitimação e estender o controle da constitucionalidade às Constituições estaduais, criou-se a possibilidade de arguir-se a inconstitucionalidade não só das normas existentes, mas das situações de conduta inconstitucional omissiva.

A inconstitucionalidade por omissão é uma original criação ibérica, primeiro portuguesa e, posteriormente, adotada na Espanha.

Jorge Miranda ensina em seu Manual que “pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos legislativos (ou, o que para aqui vale o mesmo, por omissão de normas legislativas). Pode haver inconstitucionalidade por omissão de actos políticos ou de governo”²⁶.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra Ed. 1988. t. 2. p. 394.

O grande problema da declaração de inconstitucionalidade por omissão é a natureza e o conteúdo da decisão. Não pode o Poder Judiciário substituir, singelamente, o Legislativo e elaborar a norma legal. Serve pouco, por outro lado, uma simples manifestação de alerta ao Poder Legislativo ou Executivo de que deve proceder à normatização imposta pela Constituição.

O direito positivo ainda não encontrou uma solução melhor do que intimar o poder faltoso a “envidar esforços no sentido de que seja elaborada a norma”. A solução somente seria efetiva se pudesse ser acompanhada de uma punição ao poder faltoso, como, por exemplo, impedi-lo de decidir sobre qualquer outra norma antes de editar a exigida pelo ordenamento. Entretanto, esta disposição teria de ser constitucional e elaborada pelo próprio Poder Legislativo, correndo o risco de ser ainda mais prejudicial à cidadania.

Outras soluções poderiam ser pensadas, sempre aduzindo à não-edição da norma uma cláusula punitiva.

O interesse dessa ação é coletivo, nunca individual; por isso a legitimidade para propor a ação é de entes coletivos, sempre interessados em defesa do interesse público.

O valor, apontado por alguns juristas, de uma declaração de inconstitucionalidade por omissão é de servir de título para eventual indenização pelo Estado se houver dano material na omissão. Entretanto, no caso concreto, havendo responsabilidade omissiva ou comissiva do Estado, haverá obrigação de indenizar, independentemente de arguição de inconstitucionalidade por omissão, apenas para abreviar o caminho. Se apenas esse fosse seu objetivo, ficaria extremamente diminuída a finalidade deste nobre instituto.

Uma rápida comparação entre os dois institutos nos mostra o caráter ainda eminentemente individualista do direito.

Em todo o sistema jurídico vigente, as garantias ao direito individual são sempre muito mais concretas e viáveis que as de direito coletivo, difuso ou público no sentido genérico do termo. Assim, por exemplo, os frutos pendentes, os comorientes, são detalhadamente tratados pela legislação, enquanto o salário mínimo é apenas citado.

Nesses dois institutos se revela esta marca

do direito ocidental. O mandado de injunção, que deve ser aplicado ao caso concreto, ao direito individual não realizado, é de concreção infinitamente mais fácil (embora ainda haja reações) do que a ação direta de inconstitucionalidade, genérica, protetora de difusos valores sociais e públicos. O caminho, por isso mesmo, é longo, mas a trilha parece certa.

9. Mais uma vez, a eficácia das normas constitucionais

Há uma interrogação que retorna depois de estar quase superada: terão eficácia todos os princípios, normas e regras constitucionais, ou somente aqueles que independem de regulamentação ou dependentes do desejo do legislador ordinário ou quando outorgam direito individual subjetivo?

Excluída a situação de eficácia negativa, parece que da atual normatividade da Constituição não é possível esperar mais do que isto. Entretanto, a questão que se coloca agora é: há campo de batalha doutrinária para se avançar mais ainda ou chegamos no limite? Em outras palavras, é possível, neste sistema que conhecemos, encontrar ainda formas de efetivação de todas as normas constitucionais, compulsoriamente exigindo a sua colmatagem ou não?

Embora o Judiciário brasileiro claudique em dar a extensão que deve ter o mandado de injunção, a doutrina aceita a aplicação das normas em estado de omissão para regular casos concretos de garantia dos direitos constitucionais individuais subjetivos com mínimas restrições.

Entretanto, quando a questão ultrapassa o direito subjetivo individual, há uma restrição profunda que leva o Professor Canotilho a afirmar:

“Não basta levar a sério as consequências desfavoráveis do *non facere* normativo e defender posições antropológicamente ‘amigas’ dos direitos fundamentais. A pergunta clássica continua a subsistir: a admitir-se um direito contra omissões normativas, qual a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito?”²⁷

Com a mesma perplexidade e a mesma sensação de impotência frente a tão arrasadora realidade, o Professor Clèmerson Merlin Clève afirma em igual tom:

²⁷ CANOTILHO, op. cit.

“Não se pode aceitar, evidentemente, que o juiz se substitua, sem mais e num Estado que se quer democrático, à atividade positiva do legislador.”²⁸

Se essas duas sérias e profundas objeções opostas pelos Professores Canotilho e Clèmerson servem para aceitar a determinação de que, diante de uma omissão que obstaculiza direitos sociais, coletivos, difusos, direitos da Nação, das minorias, que foram reconhecidos e normatizados na Constituição, especialmente nesta Constituição de 1988, que contou com a participação popular e se fez como Constituição compromissória e dirigente, como dizem aqueles autores, então é o momento de rever os dogmas mais profundos de nosso direito.

E que dogmas são esses? Vamos pensar em alguns deles:

a) a divisão do Estado em Poderes, independentes e harmônicos;

b) a pessoa e a titularidade de direitos subjetivos individuais como o paradigma de todo o direito;

c) a dicotomia público/privado.

É impensável que estes valores, inventados pelo homem para garantir os direitos individuais, sejam os responsáveis pela inexecução, inaplicabilidade e ineficácia dos direitos coletivos tão duramente conquistados pela cidadania. A ser isso verdade, voltemos aos tempos de Lassalle e confirmemos que a Constituição é uma folha de papel, rasgado a cada momento pela classe dominante.

Se é possível que a cada momento de imprecisão e a cada lacuna o direito coletivo,

altissonantemente anunciado pela Constituição, seja declarado inexistente, por legalmente inexequível, nós estamos diante de uma Constituição folha de papel pintado, agora em cores, mas cada risco do arco-íris esconde uma armadilha para entorpecer a liberdade.

Não é possível! Os juristas comprometidos com a construção de uma sociedade mais justa e harmônica, democrática e pluralista, os juristas que sonham com um direito que realize internamente o sonho que existia fora dele não podem aceitar esta realidade.

Repensar os dogmas não significa necessariamente destruí-los. A divisão de poderes vem sendo repensada desde seu nascimento como garantia das liberdades individuais. E, se é possível a adoção de medidas provisórias, por exemplo, pelo Poder Executivo (ao gosto e ao abuso, como está ocorrendo no Brasil hoje), sem que se veja nisso um duro e profundo rompimento da ordem democrática, por que não seria pensável uma medida provisória do Judiciário para colmatar lacuna de regulamentação de direitos constitucionais?

Outras formas, idéias e soluções podem ser pensadas ou estão sendo, como a punição do Congresso Nacional inadimplente, seja deslocando a competência para os Estados-Membros, seja impedindo de legislar ou mesmo de receber vencimentos enquanto não for emanada a norma a que o povo tem direito.

Quem sabe o esforço dos juristas e de todos os cidadãos faça com que um dia o direito, tão eficiente na garantia dos direitos patrimoniais, seja ainda mais eficaz na garantia dos direitos vitais e culturais do povo que o escreve!

²⁸ CLÈVE, op. cit.