

# A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA REGULAMENTAÇÃO

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Constituição como sistema aberto. 3. A Constituição de 1988 e sua regulamentação. 3. A autonomia do Poder Legislativo e as medidas provisórias. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou a volta da democracia no nosso Estado e o asseguramento de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, bem como uma ativa participação da sociedade nas decisões políticas. Nesse sentido representou o novo Texto Constitucional um avanço na proteção dos direitos do cidadão, bem como a previsão de instrumentos que visam consolidar o regime democrático e a autodeterminação do povo.<sup>2</sup>

O novo sistema constitucional assegurou o princípio da separação dos poderes, logo em seu art.2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” A Constituição dotou os três poderes de autonomia e também assegurou o sistema de freios e contrapesos para que nenhum poder venha se sobrepor ao outro. Tem-se, portanto, em Poder Judiciário independente, cujo órgão de cúpula, é o Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição e responsável pelo controle de constitucionalidade.

O Poder Executivo, dotado igualmente de autonomia pode valer-se de um poderoso instrumento, qual seja, a Medida Provisória, que dotada de força de lei pode ser editada em

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda em direito constitucional pela PUC/SP. Professora do Uniceub e do IESB, Chefe de Gabinete de Ministra do Superior Tribunal Militar.

<sup>2</sup> Para Eduardo Garcia de Enterría: “Na Constituição como instrumento jurídico há de expressar-se, precisamente, o princípio da autodeterminação política comunitária, que é pressuposto do caráter originário e não derivado da Constituição, assim como o princípio da limitação de poder.” (*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid:Editorial civitas, 1985, p. 45, trad. livre)

casos de relevância e urgência para levar a efeito necessidades imediatas do Estado ou a efetivação de políticas públicas. O Poder Legislativo responsável essencialmente pela elaboração das leis e fiscalização da Administração direta e indireta. O Tribunal de Contas auxilia o Legislativo na sua tarefa de fiscalização. A função de legislar é de grande destaque na medida em que dentro de um Estado Democrático de Direito vigora o princípio da legalidade. Nesse contexto, assume importância a necessidade de desenvolvimento de uma técnica legislativa que vise otimizar a produção de leis em conformidade com a Constituição e aptas para regular e maneira eficaz a vida social.<sup>3</sup>

Cabe à lei dar efetividade as normas constitucionais e prever mecanismos que possibilitem a fruição ampla dos direitos e garantias nela assegurados. Em muitas situações a Constituição inicia a normatização de uma matéria deixando a cargo da lei regulamentá-la. Isso ocorre em grande parte porque determinadas matérias são melhores tratadas no nível infraconstitucional do que no constitucional, em razão da necessidade de sua constante atualização. É mais fácil alterar a legislação infraconstitucional do que a constitucional.

Há que se reconhecer que a Constituição 1.988 foi uma conquista da sociedade brasileira e inaugurou o período democrático em nosso País. Denominada de “Constituição Cidadã” trouxe em seu texto um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, bem como estabeleceu uma série de metas a serem alcançadas pelo Estado na busca de uma sociedade, justa livre e solidária. De outra parte o Texto Constitucional impôs ao Poder Legislativo o dever de regulamentar uma série de regras e princípios nele estabelecidos. Tem-se que a atividade legislativa ganhou relevo no novo cenário político, na medida que incumbe ao Poder Legislativo, precipuamente, ao Congresso Nacional, o dever de regulamentar e efetivas uma série de direitos, posto que “legislação é ação intencional”<sup>4</sup>. Nesse particular, cumpre analisar se o Poder Legislativo, nesses vinte anos de vigência da Constituição de 1.988, tem cumprido eficazmente a sua função.

## **2. A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA ABERTO**

---

<sup>3</sup> Cf. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1997, p.24.

<sup>4</sup> WALDRON, Jeremy, *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.31

Toda Constituição é um sistema dinâmico e aberto que se relaciona diretamente com a realidade fática que visa a normatizar, de modo que as mudanças e alterações ocasionadas na sociedade refletem diretamente no ordenamento jurídico que deve, portanto, acompanhar essas transformações. Assevera Celso Bastos:

“(...) Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte. Ela se desvenda através de ciências próprias, tais como a sociologia, a economia, a política, que formulam regras ou princípios acerca do que existe, e não acerca do que deve existir como se dá com o direito.”<sup>5</sup>

Geraldo Ataliba conceitua sistema como “o conjunto unitário e ordenado de elementos em função de princípios coerentes e harmônicos”.<sup>6</sup> O sistema normativo é o conjunto unitário e ordenado de normas, em função de princípios coordenados em torno de um fundamento comum. Contudo, não se trata de uma mera soma aleatória de elementos isolados. Há uma conjugação harmônica entre eles, é dizer, uma interação.

Maria Helena Diniz define sistema jurídico como o “modo científico-jurídico de análise do Direito, apresentando-o sistematicamente para facilitar seu conhecimento e manejo por aqueles que o aplicam”.<sup>7</sup> Por meio de sua sistematização o Direito pode ser melhor compreendido, estudado e manejado por aqueles que o aplicam.

O ordenamento jurídico, como dito, não é estático, é dinâmico, na medida em que o seu desenvolvimento e transformação dão-se por meio da interpretação e aplicação das normas jurídicas ao mundo fático, o que acaba por resultar na constante renovação de todo o sistema normativo.<sup>8</sup>

Dentro do sistema normativo também são reconhecíveis diversos sistemas parciais, ou melhor, subsistemas, a partir de perspectivas materiais diversas. Assim, o conjunto de

---

<sup>5</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002, p.43.

<sup>6</sup> NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. *Sistema constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.19.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena, In *Dicionário Jurídico* – v.4, São Paulo: Saraiva, 1.998, p.373

<sup>8</sup> Para Peter Häberle: “As Constituições de letra viva, entendendo por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, são no fundo e em sua forma de expressão e instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais, e depósito de futuras <configurações> culturais, experiências e vivências, e saberes.” (*A Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000, p. 34 e 35, trad. livre)

todas as normas jurídicas forma o sistema jurídico do Direito e o conjunto de normas de Direito Constitucional formam o sistema parcial (ou subsistema).

A Constituição, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, é um sistema aberto de regras e princípios.<sup>9</sup> Diz-se aberto porque esta sofre as ingerências de uma série de fatores externos, como o social, econômico, o cultural, o religioso...<sup>10</sup> É dizer, encontra-se em comunicação com o sistema social. A Constituição não pode ser concebida como uma lei estática, pois é dinâmica, posto ser da essência da própria vida em sociedade o estar em constante processo de desenvolvimento e mudança.

Para tanto ela necessita conter em seu texto normas que contemplem direções gerais, diretrizes, capazes de se adaptarem às novas realidades sociais. É preciso que a Constituição contenha princípios gerais aptos a abarcar esses novos valores sem que com isso se altere a essência da Constituição que deve permanecer imutável.<sup>11</sup>

De outra parte há que se considerar que as normas constitucionais não exercem a mesma função, nem têm a mesma finalidade dentro do Texto Constitucional, podendo ser divididas em normas/regras e normas/princípios de acordo com o papel que exerçam dentro do ordenamento jurídico. Frise-se que todas as normas encontram-se estruturadas dentro do Texto Constitucional de forma harmônica e coesa.

---

<sup>9</sup> Joaquim José Gomes Canotilho escreve: “(...) o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de <descodificação>: (1) – é um sistema jurídico, porque, como atrás se referiu (...) é um sistema dinâmico de normas. (2) é um sistema aberto porque tem estrutura dialógica, (CAILESS) traduzida na disponibilidade e <capacidade de aprendizagem> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <verdade> e da <justiça>. (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas. (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.” Mais adiante afirma Canotilho que: “Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= densidade semântica).” (*Direito Constitucional*, 5ªed., Coimbra: Almedina, 1991, p.171 e 186).

<sup>10</sup> A esse respeito escreve Willis Santiago Guerra Filho : “a ordem jurídica, então, vai-se mostrar como um entrelaçado de regras e princípios; um conjunto de normas que, em diferentes graus, concretizam uma idéia-reitora, a qual, de um ponto de vista filosófico, meta-positivo, pode ser entendida como a ‘idéia do Direito’ (*Reschtsidee*), fórmula sintetizadora das idéias de paz jurídica e justiça, mas que, para nós, se condensa positivamente na fórmula política adotada em nossa Constituição: ‘Estado Democrático de Direito’.” (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ªed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2.001, p. 54-55)

<sup>11</sup> Adverte André Tavares: “Por sua vez, a Constituição não é um documento de disposições rígidas, determinadas com precisão e rigorismo absolutos. Trata-se de uma entidade viva, que interage com a situação histórica, com o desenvolvimento da sociedade, e só assim é que cumpre seu papel regulador.” (*Tribunal e jurisdição Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor – Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1.998, p.7).

As regras são concebidas para serem aplicadas a situações fáticas determinadas, ou seja, incidem diretamente sobre o caso concreto. Segundo Willis Santiago Guerra Filho: “as regras trazem a descrição de estados-de-coisas formados por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores.”<sup>12</sup>

As regras são aquelas normas que mais se aproximam das normas jurídicas de direito comum, na medida em que possuem todos os elementos para incidirem diretamente sobre o caso concreto, bem como para conferir um direito ao seu destinatário. Elas, geralmente, prescrevem uma obrigação, permitem ou vedam uma determinada conduta. Têm a sua aplicação a uma situação fática determinada e específica.

Pode-se afirmar que as regras são concretas e incidem de maneira direta sobre o caso concreto. Os princípios se diferenciam das regras por serem mais abstratos e genéricos, pois se aplicam a uma infinidade de situações. As regras em contrapartida ganham em termos de concretude, incidindo diretamente sobre as situações fáticas que abarcam.

Os princípios, por sua vez, indicam a idéia de começo, ponto de partida, fundamento. Eles são as vigas mestras do ordenamento jurídico, são pólos informadores que permeiam toda a Constituição, conferindo unidade ao sistema. Os princípios são abstratos e vagos e em razão dessa qualidade não incidem diretamente sobre um caso concreto específico, eis que encampam um sem número de hipóteses. Portanto, eles também são objeto da interpretação na medida em que necessitam dela para determinar o seu conteúdo. No entanto, Celso Ribeiro Bastos adverte para o fato de que as “normas-princípios são desde logo plenamente aplicáveis e delas não se pode dizer que se espera um desenvolvimento por via legislativa concretizadora.”<sup>13</sup>

Pode-se dizer que os princípios são as vigas mestras do ordenamento jurídico e embasam, arrimam e dotam a Constituição de espírito. Representam, pois as aspirações

---

<sup>12</sup> Continua o aludido autor afirmando que: “Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso de uma regra concretizadora.” (*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, cit. p.45).

<sup>13</sup> BASTOS, Celso Ribeiro Bastos e MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2ªed., *Comentários a Constituição do Brasil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2.001, vol. I, p.399.

máximas de uma sociedade, os seus valores essenciais.<sup>14</sup> Sobre a Constituição como sistema aberto Francisco Javier Díaz Revorio esclarece que:

“A expressão ‘Constituição aberta’ pode fazer referência a diversas realidades e pode ser entendida em um sentido mais amplo, nós utilizaremos para referirmos a duas idéias: 1) A norma fundamental permite com caráter geral a defesa de valores contrários ou opostos aos que a mesma considera fundamentais, sempre e quando dita defesa se realize com os meios que a própria norma fundamental prevê ou permite; igualmente permite a modificação de ditos valores fundamentais; 2) a Constituição permitem, sem necessidade de ser reformada o desenvolvimento de diversas opções políticas.”<sup>15</sup>

A Constituição aberta pressupõe um Poder Legislativo atuante, que edite leis que complementem e efetivem os seus preceitos, tendo em vista que, muitas das normas, possuem sentido aberto e em observância ao princípio da legalidade cabe ao Poder Legislativo delimitar o conteúdo, a abrangência e a extensão dos direitos nela assegurados. Para Kelsen a legislação deve ser inteiramente subordinada à Constituição do mesmo modo que a justiça e a administração devem ser à legislação.

### **3. A CONSTITUIÇÃO DE 1.988 E SUA REGULAMENTAÇÃO**

As normas constitucionais devem necessariamente seguir essas evoluções sofridas pela sociedade, sob pena de perderem a sua força normativa o que geraria sérios prejuízos para todo o sistema normativo.

Não há negar-se que se mostra impossível que as normas jurídicas, precipuamente, as normas constitucionais possam prever ou conter as transformações naturais da sociedade, como por exemplo, avanços tecnológicos, alterações de valores e mudanças de convicções

---

<sup>14</sup>Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios como sendo “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica, e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” (*Curso de Direito Administrativo*, 8ªed., São Paulo: Malheiros, 1.996, p.545-546).

<sup>15</sup> Cf. REVORIO, Francisco Javier Díaz, *La Constitución como orden abierto*. Madrid, McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997, p. 3.

ideológicas. No entanto, é imprescindível que o sistema normativo possua mecanismos que possam propiciar a adequação dessas normas às novas realidades, ou seja, que possa atualizar e renovar o sistema. Para Gunther Teubner :“O problema de cada nova regulação jurídica é a questão aberta sobre o processo concreto de aprendizado com o qual a comunicação social adapta-se à comunicação jurídica e vice-versa.”<sup>16</sup>

O Texto Constitucional pode ser modificado de duas formas: pela edição de uma emenda constitucional ou revisão constitucional e por intermédio da interpretação. A edição de uma emenda constitucional constitui-se na via formal de alteração da Constituição, posto que se leva a efeito a alteração, supressão ou acréscimo de um dispositivo do texto constitucional. Consoante o disposto no art. 60 da Constituição Federal de 1.988 para editar uma emenda à constituição é necessário para sua aprovação um quorum de três quintos nas duas Casas Legislativas e votação em dois turnos. Ademais, só podem propor emenda constitucional o Presidente da República, um terço dos deputados ou senadores e mais de metade das assembleias legislativas dos Estados-membros. É vedada a propositura de proposta de emenda constitucional que vise a abolir a forma federativa de Estado, a separação dos poderes, o voto secreto universal e periódico e os direitos e garantias individuais.

O Texto Constitucional de 1.988 também trouxe a possibilidade da revisão constitucional, prevista no art.3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que altera o Texto de forma mais abrangente e o quorum de aprovação é de maioria absoluta em sessão unicameral.

A interpretação constitucional, por sua vez, leva a cabo uma alteração do sentido, do significado do texto sem que seja necessária qualquer alteração na letra da lei, que permanece intacta. O que se modifica é a interpretação conferida a um determinado dispositivo constitucional. Normalmente, a alteração da Constituição por meio da interpretação é realizada pelo Supremo Tribunal Federal que é o guardião do Texto Constitucional.

Adverte-se, contudo que, essas modificações não podem violar o conteúdo essencial da Constituição que deve permanecer inalterado.<sup>17</sup> De igual modo mostra-se inadmissível a

---

<sup>16</sup> TEUBNER, Gunther, *Direito, sistema e policontextualidade*, São Paulo: Unimep, 2005, p. 49.

<sup>17</sup> Para Eduardo Garcia de Enterría: “ A técnica de atribuir à Constituição um valor normativo superior, inume as Leis ordinárias e o bem determinante da validade daquelas, valor superior judicialmente tutelado, é a mais

adoção de uma interpretação *contra legem*. A letra da lei constitui-se em ponto de partida e também limite a toda e qualquer atividade interpretativa.

A Constituição para poder acompanhar as modificações e o desenvolvimento da sociedade também deixa a cargo da legislação infraconstitucional à regulamentação de determinadas matérias. Esclarece Carlos Ayres Britto: “Logo não é tanto pelo conhecimento do ordenamento que se conhece a Constituição, mas pelo conhecimento da Constituição é que se conhece o ordenamento.”<sup>18</sup>

É dizer, cabe à lei infraconstitucional, seja ela lei complementar ou lei ordinária disciplinar e normatizar certas matérias. Nesse sentido assevera Maria Garcia que: “Trata-se, ademais, de um processo de elaboração dinâmica e de contato direto com o fato social, mais depurado e estático nas demais formas de atuação.”<sup>19</sup>

Tal circunstância é uma característica das Constituições modernas que se utilizam desse mecanismo como instrumento de atualização de seu texto, posto que é mais fácil modificar a lei infraconstitucional do que o próprio texto constitucional. Celso Ribeiro Bastos denomina esse fenômeno de “integração como superação de lacunas”. Ensina que:

“Na verdade, a Constituição não regula tudo aquilo que, em tese, dela poderia ser objeto. Pelo contrário, limita-se a rápidas pinceladas que afloram determinados assuntos, sem, no mais das vezes, exauri-los. A própria Constituição Federal pode fazer apelo a formas de integração, tais como: o costume constitucional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, e prever a remissão do tema à lei ordinária.

(...)

O constituinte deixou muitas das normas com o conteúdo aberto, a ser criteriosamente preenchido pelo legislador ordinário. Neste sentido, integração é o processo normal de explicitação da Constituição ou leis, por meio de sucessivas normas. Assim, na Constituição vários temas são deixados expressamente para o legislador ordinário regulá-los de acordo com as regras e princípios impostos pela Constituição, mas sempre atendendo à evolução sócio-histórica que se verificar.”<sup>20</sup>

---

importante criação, com o sistema federativo, do constitucionalismo norte americano e sua grande inovação frente à tradição inglesa da qual surgiu.” (*La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid:Editorial civitas, 1985, p. 50 e 51, trad. livre.)

<sup>18</sup> BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 124

<sup>19</sup> GARCIA, Maria. *O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania* In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 13, out-dez de 1995, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51.

<sup>20</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 107 e 109.

Não há negar-se que nem todas as normas da Constituição desempenham a mesma função, ou melhor, possuem a mesma aplicabilidade. Nesse particular José Afonso da Silva classificou quanto à possibilidade de produzir efeitos as normas constitucionais em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada<sup>21</sup>.

As normas de eficácia plena são aquelas que possuem todos os requisitos necessários para incidirem no caso concreto e produzir todos os seus efeitos de imediato. Nesse particular esclarece José Afonso da Silva que normas de eficácia plena: “são 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 constituinte, direta e normativamente, quis regular.”<sup>22</sup>

Já as normas de eficácia contida são aquelas que a Constituição normatiza um direito de forma ampla e deixa para a lei infraconstitucional limitar a sua incidência, de modo que na ausência da lei regulamentadora o exercício daquele direito é amplo.

As normas de eficácia limitada são aquelas em que o Texto Constitucional inicia a normatização de um direito relegando à lei ordinária o dever de estabelecer os requisitos necessários para a sua fruição. É dizer, para compreender o conteúdo do comando constitucional é necessário agregar a norma da Constituição à lei infraconstitucional regulamentadora. É o que Celso Ribeiro Bastos denomina de integração como complementação da norma constitucional.

Ao relegar ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar os dispositivos constitucionais a Constituição deixou para o Poder Legislativo, precipuamente, o Congresso Nacional a difícil tarefa de interpretar o seu texto e de normatizá-lo. A Constituição como fundamento do ordenamento jurídico, é parâmetro para edição de todo e qualquer ato normativo.<sup>23</sup> A sua preocupação com o desenvolvimento do conteúdo normativo das normas constitucionais impõe ao Legislativo o mister de levar a efeito a sua regulamentação. Frise-se que a Constituição de 1988 ao instituir um Estado Democrático de Direito, exige o cumprimento do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é

---

<sup>21</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 89 e 91.

<sup>23</sup> Cf. BRITTO, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*, cit., p. 123.

obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Nesse particular assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“É até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei, conforme o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.”<sup>24</sup>

No entanto, analisando a Constituição de 1988, observa-se que mesmo após quase vinte anos de sua vigência diversos dispositivos de seu texto se encontram pendentes de regulação. Em outras palavras, mais de vinte anos se passaram e não adveio a lei infraconstitucional regulamentadora para dar plenitude ao exercício dos direitos previstos no Texto Constitucional. A ausência da legislação regulamentadora pode dar-se pelos mais diversos motivos, falta de vontade política, alta complexidade da matéria, excesso de medidas provisórias que acabam por inibir a produção legislativa, dentre outras. É necessário deixar claro que tanto o excesso, como a ausência de leis pode violar a Constituição. Para Louis Favoreu: “O Parlamento ‘pode fazer mal’ e, em seu seio, a maioria pode oprimir.”<sup>25</sup> O papel do Tribunal Constitucional é justamente o de evitar esses abusos.

Destarte, a Constituição de 1988 trouxe instrumentos importantes para coibir a mora do legislador, quais sejam, o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta última pode ser proposta pelos legitimados do art. 103 da Constituição, toda vez que se estiver diante de uma ausência de lei ou ainda de uma omissão parcial, ou seja, quando a lei não regulamentou na sua plenitude o direito constitucionalmente previsto. Trata-se de uma ação do controle concentrado de constitucionalidade e como tal deve ser analisada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal e sua decisão tem efeito *erga omnes*.

O mandado de injunção é uma garantia constitucional colocada à disposição de qualquer pessoa que se sentir impedida de exercer um direito relativo à nacionalidade, à soberania e à cidadania em virtude da ausência de lei. O Supremo Tribunal Federal admite o mandado de injunção individual e o coletivo. Embora esse último não tenha expressa previsão constitucional, a Corte Suprema admite a sua propositura em analogia ao mandado

---

<sup>24</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 6º ed., 2007, p. 205.

<sup>25</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo: Landy Editora, 2004, p.26.

de segurança coletivo que pode ser impetrado por partido político, sindicato, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano. Escreve Gilmar Mendes:

“As decisões proferidas nesses processos declara a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Destarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residira no fato de que, enquanto o primeiro destinase à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico específico.”<sup>26</sup>

Nesse mesmo sentido esclarece Celso Ribeiro Bastos que:

“Vê-se, pois, que o alcance do mandado de injunção é análogo ao da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Nesta, uma vez, declarada a inconstitucionalidade, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (CF, art.103,§2º). Note-se, por oportuno, que, em se tratando de omissão legislativa inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal limitar-se-á a dar ciência ao Poder Legislativo para que adote as providências necessárias quanto à elaboração da norma integradora. Contudo, ficará a critério desse Poder atender ou não esta comunicação. O não-atendimento não implicará responsabilidade.”

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, nos Mandados de Injunção ns. 670 e n. 712, teve que decidir acerca de um mandado de injunção coletivo sobre a ausência de lei regulamentando o direito de greve do servidor público constitucionalmente previsto. O julgamento ainda está em andamento devido a um pedido de vista do Min. Joaquim Barbosa. No entanto, observa-se dos votos dos ministros já proferidos que os mesmos decidiram por aplicar a lei de greve do particular, no que couber ao setor público.

Se esse votos proferidos no julgamento vierem a consolidar a decisão do Tribunal representa um avanço na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, posto que passa a garantir efetivamente a fruição de um direito que se encontra impossibilitado de ser exercido por ausência de lei. No entanto, deve ser analisada com bastante cautela, pois a função de legislar é precípua do Poder Legislativo, que não pode deixar de exercê-la sob

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 290.

pretexto algum, sob pena de comprometer o princípio da legalidade e a própria separação dos poderes prevista na Constituição.

Verifica-se, assim, que a Constituição de 1988 prevê em seu texto um Poder Legislativo ativo, com papel de destaque na separação dos poderes, posto que cabe a ele dar continuidade e plenitude aos preceitos normativos constantes de seu texto. O legislador desempenha relevante papel na constitucionalização do direito na exata medida em que cabe a ele o mister “de adaptar a legislação ordinária às prescrições constitucionais e, nos casos de constituições de caráter dirigente, realizá-las por meio de legislação.”<sup>27</sup> Tem-se que somente com um Poder Legislativo autônomo e eficiente, a sociedade brasileira usufruirá em sua totalidade dos direitos previstos na Constituição, bem como será consolidado o Estado Democrático de Direito.

### **3. AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS**

O Poder Legislativo tem desde a promulgação da Constituição de 1988 se visto às voltas com os excessos cometidos pelo Poder Executivo na edição de medidas provisórias que acaba, muitas vezes, prejudicando a sua atuação de elaborar as leis que vão reger o nosso País.

A redação original da Constituição de 1988 previa a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória, em situação de relevância e urgência e com prazo de duração de trinta dias. Nada falava o Texto Constitucional na possibilidade de reeditá-las. No entanto, o Poder Executivo fez uso dessa possibilidade a despeito da inexistência de previsão expressa no Texto Constitucional. O Poder Judiciário, por sua vez, interpretou que a possibilidade de reedição de medidas provisórias era permitida, posto que a Constituição não continha qualquer disposição proibindo tal prerrogativa.

O excesso de edição de medidas provisórias foi tão grande que foi necessária à promulgação de uma Emenda Constitucional, a de n. 32 de 11 de setembro de 2001 para restringir o uso desse instrumento pelo Presidente da República.

---

<sup>27</sup> SILVA, Virgílio Afonso da, *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, 43

A medida provisória passou a ter duração de 60 dias prorrogáveis por igual período, sendo vedada a sua reedição na mesma sessão legislativa. Perde a medida provisória a sua eficácia se não for convertida em lei ou se transcorrido o prazo de 120 dias não for apreciada pelo Congresso Nacional. Mantiveram-se os requisitos de urgência e relevância para a sua edição e a Constituição de 1988 fez referência à necessidade de instalação de uma comissão mista para apreciar os requisitos de relevância e urgência e sua constitucionalidade consoante o disposto no seu §9º do art. 62.

Todavia, constata-se que em raras ocasiões essa comissão mista foi instalada, o que resulta na designação de um relator para a medida provisória e o exame de seus pressupostos passa a ocorrer somente nos plenários das duas Casas Legislativas. Tal fato prejudica a análise desses pressupostos e viola o comando constitucional, o que possibilita que o Poder Executivo edite mais medidas provisórias.

A Emenda Constitucional n. 32/01 também inovou ao estabelecer que a medida provisória sobresta todas as demais deliberações legislativas, até que se ultime a votação, da Casa que estiver tramitando no 45º dia, contados a partir de sua edição. Esse dispositivo constitucional tinha por finalidade impor ao Poder Legislativo o dever de apreciar a medida provisória para aprová-la ou rejeitá-la. No entanto, com o excesso de edição de medidas provisórias verifica-se que a Câmara dos Deputados, por ser a Casa iniciadora na tramitação das medidas provisórias tem ficado com a sua pauta sobrestada por longos períodos, em virtude do grande número de medidas provisórias.

Esta circunstância prejudica em demasia a autonomia do Poder Legislativo e a elaboração de leis, pois passa o Poder Legislativo a simplesmente analisar as medidas provisórias vindas do Executivo, não restando tempo suficiente para propor e apreciar os projetos de lei de sua iniciativa. Vale dizer, que nos últimos anos a maioria dos projetos e mesmo das propostas de emenda constitucional foram de iniciativa do Senado Federal, que via de regra é a Casa Revisora.

Isso ocorre em virtude da pauta da Câmara dos Deputados estar por longos períodos sobrestada por medidas provisórias. Tanto é assim, que há no Congresso várias propostas de emendas à Constituição com o fulcro de alterar o regime das medidas provisórias, dentre elas, propõe-se a alternância no trâmite das medidas provisórias para que tenham início ora na Câmara dos Deputados, ora no Senado Federal. No entanto, se não

houver um limite no uso das medidas provisórias, tal alteração em nada auxiliará o Poder Legislativo, podendo até gerar um efeito contrário, pois pode ocorrer das duas Casas do Congresso estarem com suas pautas sobrestadas.

Todavia, não nos parece que a solução do problema resida na alternância da Casa iniciadora para apreciação da medida provisória. A questão é mais profunda, pois se trata aqui de um abuso, pelo Poder Executivo, na edição de medidas provisórias, que acaba por impedir que o Poder Legislativo exerça a sua função constitucionalmente prevista e típica que é a de legislar. É a esse poder que cabe a criação de atos normativos que inaugurem a ordem jurídica, pois os seus representantes foram legitimamente eleitos pelo povo para realizar este mister.

Não se pode admitir que num legítimo Estado Democrático de Direito o Poder Legislativo restrinja-se na sua função típica ao exame de medidas provisórias.<sup>28</sup>

O Poder Legislativo exerce relevante função na manutenção do Estado Democrático de Direito, incumbindo a ele a função de elaborar as leis, bem como de apreciar as medidas provisórias no tocante não só ao cumprimento dos seus requisitos constitucionais de relevância e urgência, bem como do próprio mérito da matéria.

Ainda no que se refere às medidas provisórias, cumpre registrar que a Constituição estabelece que incumbe ao Congresso Nacional, sessenta dias, após a rejeição ou perda de eficácia da medida provisória editar um Decreto-legislativo regulamentando os seus efeitos. No entanto, esse decreto legislativo não é editado, o que implica na “eternização” dos efeitos das medidas provisórias, que é extremamente prejudicial ao sistema jurídico.

Não pode o Poder Legislativo se furtar a essa importante tarefa de legislar, sob pena de comprometer o próprio sistema normativo, para tanto necessário se faz um Poder atuante, pluralista e que elabore leis que respondam com eficácia aos anseios e às

---

<sup>28</sup>Nesse sentido muito bem esclarece Maria Garcia ao elucidar que: “Ricardo Haro enfatiza como ninguém pode desconhecer que a vigência efetiva do regime republicano requer, entre outros pressupostos, um vigoroso e eficiente funcionamento, do órgão legislativo, chamemos-lhe Congresso ou Parlamento. Para tanto várias perguntas são feitas (a propósito da situação Argentina em 1973): Como reintroduzir o Congresso no Poder? É ele presença soberana ou eixo residual do pluralismo tecnocrático? Protagonista de grandes mudanças ou produtor de leis modestas? Precioso para o debate convencional ou gabinete de imaginação política?” (*O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania, cit.*, p. 52)

necessidades da sociedade brasileira. A lei não se torna lei apenas quando um projeto é aprovado, mas sim quando desenvolve um papel relevante na sociedade que visa regular.<sup>29</sup>

Tendo em vista tal desiderato, quer parecer que a participação do cidadão durante todo o processo legislativo se mostra de vital importância, não só no que diz respeito à iniciativa popular, mas também a sua participação nas audiências públicas realizadas pelas comissões de ambas as Casas Legislativas, bem como durante as votações desses projetos de lei. A Constituição prevê somente a iniciativa popular para a propositura de leis ordinárias, sendo vedada a sua utilização para as propostas de emenda constitucional. A iniciativa popular se dá com a obtenção da assinatura de um por cento do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco estados.

Não há negar-se que um avanço nesse sentido ocorreu, no âmbito federal, com a criação da TV Câmara e da TV Senado, que depois foi implantando nos Estados-membros com a TV Assembléia. Na programação dessas televisões as sessões de votações do Poder Legislativo são transmitidas ao vivo, possibilitando o acesso do indivíduo a todos os projetos de lei que estão em votação, à posição dos parlamentares, bem como assegurando um controle de suas atividades pelo próprio povo. De outra parte a *internet* também propicia ao cidadão controle das atividades legislativas há medida em que se pode acompanhar, por exemplo, toda a tramitação de um projeto de lei.

Necessário se faz também um Poder Judiciário independente que ganrate por meio de suas decisões proferidas nas ações de inconstitucionalidade por omissão e nos mandados de injunção, para impedir a mora do Legislativo na regulação das disposições constitucionais.

#### **4. CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a separação dos poderes como um dos princípios a nortear o nosso Estado Democrático de Direito e, por sua vez, delineou um Poder Legislativo autônomo e ativo na difícil tarefa de regulamentar as normas constitucionais e conferir dinamismo ao sistema normativo como um todo.

---

<sup>29</sup> WALDRON, Jeremy, *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.11

O processo legislativo descrito no Texto Constitucional possibilita que os mais diversos setores da sociedade participem do processo de elaboração da lei, bem como confere ao cidadão o direito de diretamente propor um projeto de lei, ao estabelecer a iniciativa popular.

Não há negar-se que a sociedade civilmente organizada desempenha papel de relevo nessa ardua tarefa que é a de elaborar as leis. Ademais, essas entidades em muito colaboram para esclarecer a realidade social que as leis visam a regulamentar e a aproximar o Poder Legislativo do cidadão. Essa situação se mostra mais visível quando se tem em vista que na elaboração das leis, precipuamente, na fase das comissões é possível a realização de audiências públicas, nas quais os mais diversos setores da sociedade se fazem ouvir pelos parlamentares.

O Texto Constitucional reconhece a existência de um povo soberano, eis que todo poder emana do povo, no entanto, para que se faça possível ouvir e atender os seus clamores é necessário um Poder Legislativo forte, ativo e aberto aos clamores da sociedade. É imprescindível que durante o processo de elaboração das leis esse ocorra de forma aberta e democrática e que o povo possa acompanhar essa atividade, bem como participar dela.

Nesse particular assume papel relevante a própria criação, no âmbito federal, da TV Câmara e da TV Senado, que possibilitam a todo cidadão acompanhar ao vivo o processo de elaboração das leis e das emendas constitucionais, resultando, portanto, num controle direto da atividade parlamentar pela sociedade civil.

De outra parte, não pode o Poder Legislativo se furtar ao seu mister de regulamentar a Constituição, seja porque ele permanece inerte, seja pelo excesso de medidas provisórias que acabam por impedir o regular andamento das Casas Legislativas.

É inegável que o Poder Executivo tem abusado do uso das medidas provisórias. No entanto, a Constituição prevê mecanismos para coibir esses desmandos, um deles é a necessidade da instauração de uma comissão mista para analisar o cumprimento dos requisitos constitucionais, bem como o mérito da medida.

Com a instalação da comissão mista, quer-nos parecer que muitas dessas medidas poderão ser rejeitadas ainda na fase da comissão, obtendo pareceres desfavoráveis, desta maneira se evita o sobrestamento da pauta da Casa em que estiver em tramitação, que na maioria das vezes é a Câmara dos Deputados.

É necessário que o Poder Legislativo assuma o papel estabelecido pela Constituição para que possamos usufruir de todos os benefícios de um real Estado Democrático de Direito.

## 5. REFERÊNCIA

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

\_\_\_\_\_ MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2ªed., *Comentários a Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2.001, vol. I.

Britto, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional*, 5ªed., Coimbra: Almedina, 1991.

DINIZ, Maria Helena. IN: *Dicionário Jurídico* – v.4, São Paulo: Saraiva, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitucion como norma y el tribunal constitucional*, Madrid:Editorial civitas, 1985.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*, São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2007.

GARCIA, Maria. *O processo legislativo e os sentidos da liberdade. Participação e exercício da cidadania*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, ano 3, n. 13, out-dez de 1995, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ªed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2.001.

HÄBERLE, Peter. *A Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid: Tecnos, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 8ªed., São Paulo: Malheiros, 1.996.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1998.

NOGUEIRA, Geraldo Ataliba. *Sistema constitucional Tributário Brasileiro* São Paulo: Revista dos Tribunais.

REVORIO, Francisco Javier Díaz. *La Constitución como orden abierto*. Madrid, McGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, 1997.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos, *Tribunal e jurisdição Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor – Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TEUBNER, Gunther, *Direito, sistema e policontextualidade*, São Paulo: Unimep, 2005.

WALDRON, Jeremy, *A dignidade da Legislação*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.