

José Carlos Barbosa Moreira

1. Se há uma preocupação que deve estar presente, a cada momento, ao espírito dos intérpretes e aplicadores da nova Constituição da República, é sem dúvida a de interpretar-lhe e aplicar-lhe as disposições de tal modo que se lhes assegure, em toda a extensão do possível, o máximo de efetividade. A observação pode parecer acadiana: todo diploma legal aspira ao cumprimento efetivo, e à primeira vista não se descobre porque a Carta de 5-10-1988 se distinguiria, ao propósito, por qualquer peculiaridade digna de nota. Reflexão mais atenta, contudo, permite discernir algumas razões que justificam aqui acentuação mais enfática do ponto.

A primeira delas, aliás, não se relaciona particularmente com as características desta Constituição, mas com uma característica em certa medida surpreendente, embora constante (ao menos no Brasil, quando não alhures), das Constituições em geral. Por estranho que se afigure, a Constituição raramente tem atingido, entre nós, o nível de efetividade comum em normas de hierarquia inferior. Com as óbvias ressalvas, ligadas à diversidade dos respectivos âmbitos de incidência, não haverá exagero em dizer que o Código Civil atua em regra com maior efetividade do que a Constituição. As próprias discussões jurídicas invocam argumentos de ordem constitucional com muito menor freqüência — e com muito menor reverência, ajunte-se — do que se poderia esperar, mesmo quando o tema evidentemente reclame, por sua natureza ou por suas implicações, apreciação à luz da Lei Maior. Não é este o lugar próprio para investigar as causas do fenômeno, cuja gravidade a ninguém passará despercebida.

As circunstâncias históricas, em nosso caso, acrescentam um dado importante. A feitura de nova Constituição, na hora atual, representou, ou quando nada quis representar, gesto nítido de ruptura com o recente passado político e institucional do País. Compreende-se que variem as opiniões sobre a medida em que na verdade se consumou o desvio de rota, como se compreende que, dentre os que concordem na aferição de sua grandeza, uns o critiquem por excessivo, enquanto outros lhe lamentarão a insuficiência... O que não seria razoável negar é que se quis virar uma página da história e começar a escrever outra em estilo bem diferente. Em tal perspectiva, a Carta vigente aproxima-se da de 1946, que também expressou — mais do que outras — uma reação contra a ordem político-jurídica imediatamente anterior. Desta vez, porém, os anseios de mudança eram mais generalizados e — em certos aspectos — mais profundos, o que não deixou de imprimir marca visível na fisionomia do novo texto: basta lançar-lhe os olhos à estrutura para perceber quanto ela se afasta, em pontos capitais, da nossa tradição.

A Constituição de 1988 é importante sobretudo por aquilo em que inova: por exemplo, quando consagra, ou faz ascender a nível constitucional, novos direitos, individuais e sociais; quando amplia as atribuições do Poder Legislativo; quando confere autonomia financeira e administrativa ao Poder Judiciário; quando acresce de modo notável o relevo institucional do Ministério Público; quando contempla com maior largueza Estados e Municípios na partilha tributária — e assim por diante. Essas e outras inovações, contudo, só poderão ser adequadamente valoradas à luz de seus resultados práticos. O teste da realidade é que será decisivo. Mas, para tanto, necessário se torna que os mecanismos criados sejam postos a funcionar com a máxima fidelidade ao pensamento que os inspirou — e, quanto mais cedo se experimentarem as várias peças, melhor. Não há outro meio de saber ao certo quais delas atuarão a contento e quais precisarão ser reparadas ou, eventualmente, substituídas.

Adite-se que o legislador constituinte, sem dúvida advertido de certos antecedentes históricos, se esforçou por assegurar efetividade à sua própria obra. Preocupou-se, *v.g.*, em dispor expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5.º, § 1.º); criou remédio processual como o mandado de injunção, cabível “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” (art. 5.º, n.º LXXI); contemplou como “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (art. 5.º, n.º XLIV); estendeu a considerável número de órgãos e entidades a legitimação para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 103, *caput*); previu em termos expressos a possibilidade de declarar-se “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, § 2.º). São sinais inequívocos de uma orientação que não pode deixar de influir no trabalho hermenêutico a ser realizado sobre o texto da Carta.

2. Alguns fatores adversos costumam pôr em risco a efetividade de uma nova Constituição — e bem se vê que a de 1988 não vai escapar à regra. Antes de mais nada, cumpre ter em mente que qualquer mudança de regime atinge interesses — e não raro atinge de modo desfavorável interesses de vulto. Não é de admirar que os respectivos titulares reajam. Com certeza farão tentativas para que se alterem os dispositivos que lhes desagradam; não o conseguindo, lutarão para que eles permaneçam letra morta, ou atuem do modo mais inócuo possível. Técnicas variadas podem ser postas a serviço desse projeto de esterilização: o receituário jurídico dispõe de uma série de fórmulas capazes de atenuar ou, na prática, eliminar o impacto de tal ou qual disposição vista como inconveniente.

A campanha dos interesses contrariados geralmente encontra aliado poderoso na tendência de certos meios ao imobilismo. Este se explica, muitas vezes, como produto de convicções políticas sinceramente conservadoras. Se determinada modificação do ordenamento se afigura perigosamente radical ao ocupante de cargo ou posição capaz de influenciar o curso dos acontecimentos na matéria, é natural que ele se sinta inclinado a utilizar o seu poder para bloquear a inovação ou minimizar-lhe os efeitos. Sob dadas circunstâncias, talvez não relute muito em optar por essa via, ainda que tenha de proceder — caso a sua consciência ética se deixe anestesiar no grau necessário — a “manipulações” menos compatíveis com a honestidade funcional ou a integridade científica.

Outra possível explicação para a resistência a mudanças é a pura e simples indolência mental. Abandonar a rotina demanda esforço que pode ser desagradável, quiçá penoso. Se nós acostumamos a dar aos nossos problemas, por tempo considerável, as mesmas soluções, há forte probabilidade de que pelo menos alguns de nós encarem com pouco entusiasmo o desafio de procurar novas soluções ou — pior ainda — de enfrentar novos problemas. Fatalmente se sentirá a tentação de fazer de conta que os problemas continuam a ser os conhecidos e a comportar as soluções familiares: admitir o contrário importaria aceitar a enfadonha necessidade de “aprender tudo outra vez”. Os operadores jurídicos não são mais imunes que o resto dos mortais a semelhante gênero de fraqueza.

A ação conjugada desses e de outros fatores costuma gerar fenômeno que, apesar de negligenciado em geral pela teoria clássica da hermenêutica, se pode observar com facilidade toda vez que entra em vigor novo código, ou nova lei de âmbito menos estreito ou de teor mais polêmico. Em tais ocasiões, raramente deixa de manifestar-se, em alguns setores da doutrina e da jurisprudência, certa propensão a interpretar o texto novo de maneira que ele fique tão parecido quanto possível com o antigo. Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar “retrospectiva”: o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica. Pois bem: o que sucede com outros diplomas é passível de suceder igualmente com uma nova Constituição.

3. Em aparente paradoxo, a “interpretação retrospectiva” pode achar pontos de apoio em determinadas características do próprio texto novo. Em primeiro lugar, por mais analítica que seja, nenhuma Constituição é capaz de regular em pormenor (nem seria próprio que tentasse fazê-lo) todas as matérias de que trata. A propósito de muitos temas, ela se limita a generalidades, deixando a normas de inferior

hierarquia a tarefa de miudear a disciplina. Não raro, a Constituição mesma, em termos expressos, remete a outro diploma a ordenação de setores da vida política, econômica, social, da comunidade; ainda na ausência de tais remissões, é manifesto que uma área extremamente vasta fica por conta da legislação infraconstitucional. Obviamente, em regra, ao entrar em vigor, a Constituição já encontra a atuar extensa rede normativa, elaborada sob outros regimes constitucionais, mas que nem por isso está condenada, de maneira inexorável, à extinção: sendo inconcebível o vácuo jurídico total, nem sequer as mais radicais revoluções costumam chegar ao ponto de repudiar instantaneamente, em bloco e de modo automático, todo o complexo de normas anteriores.

Além disso, há os defeitos de ordem técnica. A elaboração do texto constitucional nem sempre obedece na medida desejável aos ditames da boa técnica legislativa. Imperfeições nesse plano podem ser mais sensíveis nele que nos de outros diplomas, como códigos civis, penais, processuais, que de ordinário se beneficiam com maior intensidade da contribuição de técnicos, a começar pela preparação de anteprojetos, sucessivamente revistos, em inúmeros casos, por órgãos especializados ou comissões de juristas eminentes. A feitura da Constituição adota em geral outros padrões e fica mais exposta a vicissitudes que muitas vezes se refletirão em lacunas, impropriedades ou imprecisões vocabulares, inversões tópicas e outras falhas do gênero.

Ambos os fenômenos conspiram contra a efetividade da Constituição. Na medida em que dificultam a revelação exata do sentido e do alcance de suas disposições, os defeitos formais reforçam em não poucos espíritos a propensão para o imobilismo: é cômodo — e pode servir admiravelmente aos interesses contrariados pelas inovações — considerar que a nova Carta, neste ou naquele tópico, é tão obscura que se torna incompreensível e, portanto, impraticável.

Quanto às normas infraconstitucionais, e ao papel que se lhes reserva na construção do ordenamento nacional, impõem-se duas ou três observações. A primeira é que, segundo revela a experiência histórica — e não apenas no Brasil —, os órgãos legislativos não soem demonstrar grande presteza em editar os diplomas complementares ou ordinários a que faz remissão o texto da Lei Maior. Caso sejam estes na verdade imprescindíveis, semelhante inércia é capaz de manter como letra morta, por tempo indeterminado, boa quantidade de disposições constitucionais. Foi o que entre nós ocorreu, por exemplo, com a Carta de 1946, que em pontos relevantes permaneceu, por assim dizer, em estado de “hibernação”, do qual nunca chegaria a despertar. O problema é grave; entre outros aspectos, pela possibilidade prática, que se abre a um poder constituído, de neutralizar determinações do poder constituinte, ao qual se acha teoricamente subordinado e no qual se funda a sua própria legitimidade.

Em mais de um país, nos últimos decênios, tem-se procurado inventar remédios para acudir a essa emergência gerada pela omissão do legislador. A Constituição de 1988, segundo ressalta de certos dispositivos (arts. 5.º, n.º LXXI, 103, § 2.º), não ficou alheia a semelhante preocupação.

Ainda aqui, o perigo vê-se agravado pela tendência que pode manifestar-se em ocupantes de postos chave — como tributo rendido a interesses, como simples fruto de preguiça mental ou, para não sermos injustos, de sincera convicção doutrinária —, a exagerar a necessidade do diploma infraconstitucional, proclamado indispensável mesmo em casos nos quais o texto da Constituição, sem embargo da referência à lei complementar ou ordinária, já contém, a rigor, pelo menos no tocante a uma parte da matéria versada, todos os pressupostos de incidência imediata. A adotar-se tal atitude, a consequência habitual é o “congelamento” do que houver de inovador; ou o assunto fica “em suspenso”, à espera de melhores dias — que podem sobrevir ou não —, ou continua regido pela precedente legislação, cuja compatibilidade com a letra (e sobretudo com o espírito) da nova Carta, ao que tudo faz presumir, não será objeto de averiguação particularmente rigorosa. De um jeito ou de outro, prolonga-se (estávamos quase a dizer: perpetua-se) o *status quo*.

4. Todas essas eventualidades, que a ninguém é lícito desprezar, sugerem uma posição de alerta. A muitas pessoas, órgãos e entidades, públicas ou privadas, cabe quota ponderável de responsabilidade na atuação das normas constitucionais. Uma das maiores toca ao Poder Judiciário; e, neste, ao Supremo Tribunal Federal, a que compete, “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*) — e, por conseguinte, o encargo de zelar pela sua efetividade.

Lacunas e obscuridades de um texto não podem ser obstáculos capazes de paralisar juiz algum: superá-las é algo que representa dever elementar de seu ofício (Código de Processo Civil, art. 126, 1.ª parte) e se inclui, por assim dizer, na sua rotina diária. O Poder Judiciário tem sabido dar bom desenvolvimento a institutos cuja regulamentação expressa, ao menos na origem, era positivamente acanhada — ou até, nalguns casos, nenhuma. As dúvidas e dificuldades que porventura se manifestem irão sendo progressivamente enfrentadas e resolvidas; vacilações e erros, inevitáveis no início, acharão no devido tempo a correção necessária. Com a ajuda da doutrina, e mesmo que o legislador porventura se conserve moroso, acabará por formar-se um corpo de jurisprudência capaz de atender, de maneira satisfatória, às exigências práticas de funcionamento.

Isso é que se espera que aconteça — para ficarmos num exemplo — com o mandado de injunção. A Constituição é parca em disposições a seu respeito, embora a função do remédio se infira com

clareza do artigo 5.º, n.º LXXI, e não possa ser outra senão a de ensejar ao órgão judicial a edição e a aplicação da “norma regulamentadora” cuja inexistência esteja tornando inviável o exercício do direito assegurado pela Carta. Decerto se vão suscitar, a propósito de vários tópicos, questões delicadas, para as quais, por enquanto, nenhum texto ministra solução expressa. Não é novidade, nem motivo de susto. O próprio mandado de segurança, cujo subsequente florescimento representa título de glória para o direito brasileiro, nasceu em berço textual modesto: a Constituição de 1934, que pela primeira vez o consagrou, não lhe dedicava espaço muito maior que o reservado pela de 1988 ao mandado de injunção; e ano e meio demorou para surgir, acrescentando-se, o diploma regulamentador (Lei n.º 191, de 16-1-1936), sem que por isso o instrumento deixasse de ser logo utilizado — de modo talvez canhestro, no início, como se dá em geral, pouco surpreendentemente, com os instrumentos novos.

Acerca das disposições que remetem a normas infraconstitucionais, a diretriz básica deve consistir em reconhecer-lhes, desde já, toda a eficácia *praticamente* possível. Se, apesar da remissão, o texto da Carta permite identificar os pressupostos da incidência da regra e os respectivos efeitos, ela satisfaz os requisitos essenciais de aplicabilidade, e inexistente razão para que não se aplique de imediato. Isso vale inclusive para as hipóteses em que a Constituição formula, a título de “princípios”, determinações a serem obedecidas pelo legislador. Convém distinguir, a esse respeito, entre simples recomendações de política legislativa e o estabelecimento de normas, conquanto esquemáticas, de obrigatória observância na organização ou na disciplina de determinada instituição. As primeiras, de que é exemplo a parte final do artigo 226, § 3.º (“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, *devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”), só cabe atribuir eficácia restrita: dela nada se deduz de concreto sobre os meios e a forma da facilitação recomendada, se bem que se possa deduzir — e muito importa — a ilegitimidade de qualquer texto que *dificulte* a conversão em casamento, de maneira que acaso os preexistentes estarão revogados, e os supervenientes serão inconstitucionais. O caso será outro, quando se trate da segunda classe de disposições acima referida.

Atente-se, *v.g.*, no artigo 93, em cujo *caput* se alude a “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal”, que disporá sobre o “Estatuto da Magistratura”, e a seguir se arrolam, em onze incisos, princípios que não de ser observados na respectiva elaboração. As normas constantes desses incisos, na medida em que se revelem completas como normas jurídicas, devem considerar-se plenamente eficazes desde já, independentemente do advento da anunciada lei complementar. Assim, *p. ex.*, a partir da entrada em

vigor da Carta de 1988, não pode haver julgamento de qualquer órgão do Poder Judiciário que não seja público, nem decisão judicial que não seja fundamentada (art. 93, n.º IX, com a ressalva da cláusula final quanto à publicidade), a menos que regra especial, contida na própria Lei Maior, autorize a exceção: no júri, v.g., resguarda-se o sigilo das votações (art. 5.º, n.º XXXVIII, letra b). Revogadas estão todas as disposições insertas em lei ou noutro diploma normativo, como os regimentos internos de tribunais, que permitiam a realização de julgamentos em segredo, ou a emissão de decisões sem fundamentação.

Quase ocioso ajuntar que de modo nenhum se justifica estender a necessidade do diploma infraconstitucional, como pré-requisito da eficácia, a normas para as quais não se contemple na Constituição essa necessidade, ainda que a localização no texto, ou outra circunstância análoga, possa, à primeira vista, sugerir a extensão. A já notória regra sobre limitação das taxas de juros reais, v.g., foi insculpida em parágrafo (3.º) de artigo (192) cujo *caput* prevê lei complementar reguladora do "sistema financeiro nacional". Não é razoável tirar daí, sem maior reflexão, argumento no sentido de que a incidência do § 3.º fica subordinada à edição da lei complementar. Antes de mais nada, à semelhança do que acima se expôs com relação ao artigo 93, se nos próprios incisos que discriminam os tópicos a ser disciplinados pela lei complementar se puder identificar alguma regra completa em si mesma, tal regra já se deverá reputar eficaz e aplicável: está desde logo assegurado "às instituições bancárias oficiais e privadas", por exemplo, o "acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário"; e está assegurado *ex vi Constitutionis*, sendo irrelevante que exista ou não exista, a esse respeito, lei complementar ou qualquer outra norma infraconstitucional.

Além disso, se o § 1.º realmente se prende à matéria (autorização para o funcionamento de instituições financeiras, de estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização) incluída no objeto da futura lei complementar, o mesmo não se dirá, *sic et simpliciter*, do § 2.º ("Os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, serão depositados em suas instituições regionais de crédito e por elas aplicados"), disposição que ninguém deixará de reconhecer como autônoma e apta a produzir de imediato eficácia plena. Isso demonstra a inconsistência do raciocínio baseado na colocação: se a regra de um dos parágrafos independe, à evidência, da lei complementar, conclui-se que a mera circunstância de estar inserta em parágrafo, por si só, nada diz sobre a dependência ou a independência da regra em face daquela lei. A verdade é que ambos os parágrafos (o 2.º e o 3.º) contêm normas autônomas e bastantes em si mesmas; do ponto de vista técnico, seria preferível que formassem artigos distintos, sem

que do senão — corriqueiro, segundo facilmente se demonstraria com exemplos copiosos — se torne lícito extrair qualquer ilação relevante.

5. A Constituição de 5-10-1988 possui com certeza suas qualidades e seus defeitos. Saber em que dosagem nela se mesclam uns e outras é questão cuja resposta compreensivelmente variará em razão de condicionamentos em larga medida subjetivos. O fato é que ela vige, e tem de ser aplicada, até para tornar possível uma valoração mais objetiva, lastreada na experiência. Cumpre dar à nova Carta oportunidade justa de dizer a que veio. Isso não se conseguirá se a lermos com espírito nostálgico, preso a evocações do passado.

Há no texto constitucional uma série de esboços que aguardam desenvolvimento. Dar remate às construções é, em grande parte, missão do Poder Legislativo. Mas ao Judiciário, repita-se, cabe igualmente, sem sombra de dúvida, tarefa de primeira importância no particular. Uma postura tímida, por parte da jurisprudência, já importará renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam. Uma atitude de hostilidade, então, poderá inutilizá-la por completo. Não é de crer que os juízes brasileiros pretendam atrasar desse modo o relógio da História.

Com todas as suas imperfeições, a Carta de 1988 assinala momento transcendente da vida nacional: ela é o instrumento da restauração plena do Estado de Direito no Brasil. Semelhante obra, porém, não se esgota com a promulgação: urge que o texto promulgado se transfigure em vivência. Nossa ardente esperança é a de que o Poder Judiciário não participe desse episódio como espectador frio, nem — pior ainda — como sabotador voluntário ou involuntário, mas como sincero e empenhado colaborador.