

A INICIATIVA PRIVATIVA NO PROCESSO LEGISLATIVO DIANTE DO PRINCÍPIO INTERPRETATIVO DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Sérgio Antônio Ferrari Filho

Procurador da Câmara Municipal do Rio de Janeiro
Professor de Direito Constitucional na Universidade do
Estado do Rio de Janeiro (Temporário) e da Universidade
Cândido Mendes

*"Fêz-se cânon da Crítica moderna ser-lhe indispensável a simpatia. Interpretar Constituição não é só criticá-la — é inserir-se nela e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto. Com a antipatia não se interpreta, — ataca-se; porque interpretar é por-se ao lado do que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, do intérprete e do texto."*¹

I. Introdução

O direito constitucional no Brasil sofreu significativa transformação nos últimos vinte anos. A perspectiva historicista e filosófica predominou entre nós até a década de setenta e praticamente boa parte da década de oitenta do século que ora se encerra. Esta perspectiva tradicional não identificava a norma constitucional como norma jurídica, por paradoxal que isto possa hoje parecer. A norma constitucional seria uma "intenção" ou "convite", quando muito "norma sobre normas". Ainda quando expressamente atribuisse direitos, não se reconhecia exigibilidade direta a esses direitos, sendo imprescindível a intermediação de norma infraconstitucional. Numa palavra, na aplicação do direito procurava-se sempre a norma jurídica diretamente aplicável, contida em lei, e só excepcionalmente se recorria à Constituição.

¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1960*. Rio de Janeiro: Henrique Cohen, 1947, v. I, p. 9.

A modificação deste quadro se iniciou pela pioneira obra de José Afonso da Silva, "Aplicabilidade das Normas Constitucionais" em 1967. O passo mais decisivo, no entanto, seria dado vinte anos após, com a publicação da obra "O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas", do Professor Luís Roberto Barroso. Lançou-se aí uma nova etapa do direito constitucional no Brasil, movida por uma geração de juristas que passa a enxergar a Constituição como norma jurídica e a estudar os meios para operar sua total efetividade.²

Hoje, pode-se afirmar sem receio que, ao menos no campo doutrinário, a idéia de efetividade da Constituição já se estabeleceu em definitivo (inclusive como específico princípio de interpretação constitucional), conquanto ainda se observe muito o que avançar no terreno da sua realização.

Este trabalho pretende inserir-se exatamente neste contexto de uma visão renovada do direito constitucional. Não se cuidará de demonstrar que a efetividade é princípio de interpretação constitucional, o que já foi feito anteriormente. Aqui, a efetividade das normas constitucionais será um pressuposto, um farol para a análise de determinado instituto do direito constitucional, nomeadamente a regra da iniciativa privativa no processo legislativo.

II. A eficácia e a efetividade das normas constitucionais – necessidade de integração por normas infraconstitucionais

Remonta a Rui Barbosa a primeira tentativa de classificação, no Brasil, das normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade. Importando a doutrina estadunidense, que classificava as normas constitucionais em *self executing* e *not self executing*, os autores brasileiros traduziram as primeiras como normas auto-executáveis ou bastantes em si e as segundas como não-executáveis ou não-bastantes em si.³

Esta doutrina, simples em sua formulação, não mais atende às necessidades, práticas e científicas, postas pelas Constituições contemporâneas, que

² Com habitual clareza, Clémensson Mehin Clève, observou que, em 1988, "lançaramos, não tímidamente, a teoria constitucional adequada, sobre uma ou outra execução" ao passo que, dez anos depois, o Brasil "disponde de uma sofisticada teoria constitucional, como é o caso também dos nossos países vizinhos". (O poder judiciário na construção do estado de direito. In: *Anais do Seminário Democracia e Justiça*. Porto Alegre: Claris, 1999, p. 225).

³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 73. O Autor relata ainda outros sinônimos para a norma e a sua exposição.

contemplam, em maior ou menor grau, uma dimensão de direitos sociais, econômicos e culturais. De qualquer modo, não se pode negar o valor da classificação acima reportada, que ainda hoje pode ser utilizada, sem qualquer prejuízo, em muitas situações.

Para os fins deste trabalho, importa desde logo fixar os conceitos de aplicabilidade e de efetividade, palavras-chave nas duas principais tipologias das normas constitucionais, na conceituação de seus próprios autores.⁴

"Aplicabilidade" é o termo que dá título à clássica obra de José Afonso da Silva. O próprio autor, após discorrer sobre a pluralidade, no Direito, de expressões como positividade, vigência, eficácia, observância, facticidade e efetividade, acaba por fundir, implicitamente, os termos "aplicabilidade" e "eficácia", enunciando a seguinte definição:

"a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade".⁵

A partir desta distinção, José Afonso da Silva desenvolve a sua conhecida classificação das normas constitucionais, extremando-as em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Importará, para os fins aqui visados, a última das categorias, que conterá, também na definição do Mestre, aquelas normas

"de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma".⁶

As normas de eficácia limitada, portanto, necessitam de desenvolvimento por normas infraconstitucionais para que possam gerar seus naturais efeitos, embora produzam desde logo outros efeitos, notadamente a inconstitucionalidade de norma posterior que lhe contravenha, a revogação de norma preexistente que também lhe seja contrária, e principalmente o papel de guia na interpretação das leis já existentes.

⁴ SILVA, op. cit. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

⁵ SILVA, op. cit. p. 66, não sublinhando no original.

⁶ SILVA, op. cit. p. 83.

“Efetividade” é conceito essencial da obra de Luís Roberto Barroso. O Mestre faz, inicialmente, minuciosa descrição dos conceitos de existência, validade e eficácia, com sólido fulcro na teoria geral do direito. Neste passo, temos que a preferência pela expressão “efetividade” ao invés de “eficácia social” é uma escolha bastante acertada. A questão terminológica, nesta como em outras matérias do Direito, já é por demais penosa para que se lhe acrescente mais esta dificuldade. Melhor será, portanto, reservar a palavra “eficácia”, pura e simplesmente para o seu sentido de “aptidão para produzir efeitos”, abandonando a expressão “eficácia social” em favor da “efetividade”. Nas palavras do próprio Autor:

“Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.”⁷

A seguir, o Autor reporta a classificação de José Afonso da Silva, assim como outras elaboradas por diversos doutrinadores⁸, para então enunciar sua própria classificação. Nesta, as normas constitucionais podem ser de três tipos: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas⁹. Uma das mais importantes características da tipologia aqui referenciada está na originalidade de classificar não apenas sob o ponto de vista da norma em si, mas também (e talvez principalmente) sob o ponto de vista da posição jurídica em que se investe o jurisdicionado. Dentre as normas definidoras de direito, distingue três possíveis situações: as que geram situações plenamente desfrutáveis, aquelas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e, finalmente, aquelas que dependem de edição de norma infraconstitucional integradora. Esta última situação é que interessa ao presente trabalho.

Anote-se, desde logo, que uma das visões correntes do assunto – equivocada, é verdade – faz uma simplificação indevida, identificando toda e qualquer norma constitucional que dependa de Lei integradora com as normas programáticas. Não é assim que ocorre, e o próprio Autor o esclarece adequadamente:¹⁰

⁷ BARROSO, op. cit. 1996, p. 231

⁸ BARROSO, op. cit. 1996, p. 90.

⁹ Cada uma destas categorias é desenvolvida de maneira substancial, não cabendo aqui reportá-las em detalhe.

¹⁰ BARROSO, op. cit. 1996, p. 118

Luís Roberto Barroso se debruça ainda sobre as vicissitudes que impedem a plena efetividade das normas constitucionais, analisando em seguida os meios para o desenvolvimento desta efetividade, distinguindo-os entre garantias políticas e jurídicas. Aqui se chega ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Destacam-se, entre os diversos casos de inconstitucionalidade por omissão, os seguintes:¹¹ a) omissão do órgão legislativo, em editar lei integradora de um comando constitucional; b) omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei Maior; c) omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis. Importará, para a análise que adiante se engendrará, a primeira das hipóteses, de omissão do “legislador”, não identificado necessariamente (ou, ao menos, não exclusivamente) com o conceito de “Poder Legislativo”¹².

O problema da omissão do legislador demanda diversas indagações que vão desaguar, cedo ou tarde, numa apreciação do princípio da separação dos poderes. O enfoque mais comum – com extensa e recente produção doutrinária – tem-se dado sobre a atuação do Poder Judiciário, seja na apreciação pura e simples da omissão legislativa (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), seja na possibilidade de regulamentar diretamente a norma para o caso concreto (mandado de injunção, conforme uma das interpretações correntes do instituto).

Vistos os conceitos de eficácia e efetividade e sua atuação no âmbito das normas constitucionais, é possível delimitar em que aspecto destes conceitos se desenvolverá este trabalho. Temos em mira as normas constitucionais dependentes de legislação infraconstitucional integradora (na classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia limitada) especificamente quando a sua efetividade (no preciso conceito de Luís Roberto Barroso) dependa exatamente da edição da norma integradora. Vale dizer: nos voltamos para os casos em que a falta de efetividade decorra diretamente da falta de eficácia, que por sua vez esteja à espera tão somente da integração por norma infraconstitucional.

Para fechar este capítulo, resta fazer referência ainda à efetividade como específico princípio de interpretação constitucional.

¹¹ BARROSO, op. cit. 1996, p. 160. A especificação dos casos parece ter sido colhida em obra de Anna Carolina da Cunha Ferraz.

¹² Esta distinção mereceria desenvolvimento mais detalhado adiante.

Em outra obra¹³, dedicada à interpretação constitucional, Luís Roberto Barroso oferece uma sistematização de princípios de interpretação especificamente constitucional. Seriam eles: o princípio da supremacia da constituição (do qual decorre a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade dos atos normativos), o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, princípio da interpretação conforme a constituição, princípio da unidade da constituição, princípios da razoabilidade e proporcionalidade e o princípio da efetividade.

A atuação da efetividade como princípio interpretativo alberga imenso potencial de liberação da força normativa da constituição. O próprio Autor expressa esta idéia:

"A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos: (...) Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso."¹⁴

A particularização da efetividade como princípio interpretativo é um passo adiante com relação à idéia de efetividade das normas constitucionais propriamente dita. Significa dizer que, na interpretação das normas constitucionais, não se deverá conduzir o processo interpretativo de modo que a aplicação de uma norma constitucional reduza ou impeça a atuação da força normativa de outra. Isto tem especial implicação no caso de conflito aparente entre normas da constituição. O princípio da unidade da constituição, também referido acima, exige que se busque a compatibilização entre duas normas aparentemente antinômicas no texto constitucional, cuidando porém de jamais anular integralmente uma em favor de outra. Estendemos esta conclusão também para a aplicação da efetividade. Na busca da efetividade total, quando se tem duas normas constitucionais aparentemente antagônicas, o intérprete deve atuar de modo a que uma norma não se veja absolutamente desprovida de efetividade em razão da irrestrita aplicação de outra.¹⁵

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

¹⁴ BARROSO, op. cit. 1998, p. 219.

¹⁵ Alerta-se que as afirmações deste parágrafo são de nossa inteira responsabilidade. Não podemos afirmar que o Autor concordaria *a priori* com a atribuição de tais consequências ao desenvolvimento de suas idéias.

III. A iniciativa privada na dogmática do processo legislativo

O processo legislativo é, na definição da clássica obra de Nelson de Sousa Sampaio, "uma espécie do gênero amplo do direito processual", pelo qual "o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras normas, sejam normas gerais ou individualizadas".¹⁶ Não escapam desta perspectiva procedimental as definições de Hely Lopes Meirelles ("sucessão ordenada de atos necessários à formação da lei, do decreto legislativo ou da resolução do plenário"¹⁷) e Celso Ribeiro Bastos ("conjunto de disposições constitucionais que regula o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes, na produção dos atos normativos que derivam diretamente da própria Constituição"¹⁸). Tal conceituação do processo legislativo, conquanto possa merecer elaboração mais consentânea com a tendência atual de renovação do direito constitucional, basta aos objetivos deste trabalho.

Dentre as fases do processo legislativo geralmente reconhecidas pela doutrina estão a iniciativa, discussão, votação, sanção, promulgação e publicação¹⁹. A iniciativa, ato que nos interessa por ora, consiste exatamente na apresentação ao Poder Legislativo de uma proposta de inovação do direito positivo, que se consubstancia, em termos práticos, em um projeto de ato normativo.

A questão da titularidade da iniciativa é das mais importantes no processo legislativo, por deitar raízes no princípio da separação dos poderes. A perspectiva histórica ajudará a compreender o estado atual da partilha da iniciativa do processo legislativo.

Clémerson Merlin Clève faz importante registro histórico, a respeito do instituto da iniciativa anteriormente ao moderno constitucionalismo:

"Na história do Parlamento, inicialmente, cabia ao Governo, e apenas a ele, provocar a manifestação do órgão legislativo. (...) Os parlamentares não possuíam o direito de apresentar projetos de lei. Cabia a eles apenas deliberar. E diga-se,

¹⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 28.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 483.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 334.

¹⁹ Alguns autores sustentam que a promulgação e a publicação já não fariam parte do processo legislativo em si.

deliberar sobre propostas genéricas apresentadas pelo Governo, sem uma fórmula redutível ao que hoje denominamos projeto.²⁰

Justamente com o advento da idéia da separação dos poderes, a partir da obra clássica de Montesquieu²¹, é que tal noção se inverteu por completo, e se passou a conceber a iniciativa como inerente à própria função de legislar, e portanto cometida ao órgão legislativo. Afirmam esta transformação o próprio Clemenson Merlin Clève, segundo o qual

“O constitucionalismo revolucionou este tema. A própria obra de Montesquieu foi decisiva no sentido de afirmar a soberania do Parlamento, de tal modo que ao Monarca caberia unicamente o poder de veto.”²²

e também Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em conhecida monografia sobre o processo legislativo:

“Em O espírito das leis, a iniciativa das leis é reservada ao Legislativo. Nenhum outro poder, nem o Executivo, nem o Judiciário, em hipótese alguma podem apresentar projetos que alterem o direito existente, ou apresentar, à aprovação das câmaras, a sugestão de normas jurídicas novas. Como é sabido, a única interferência admitida pelo mestre de La Brède no processo de elaboração das leis por parte de poder outro que o Legislativo, é a manifestada pelo povo.”²³

Logo se percebeu, porém, que esta concepção de extremada “pureza” da função legislativa enfrentaria terríveis dificuldades práticas. O passo natural foi a progressiva atribuição, ao Poder Executivo, da faculdade de dar início ao processo legislativo, submetendo um projeto ao órgão legiferante.²⁴

A evolução do constitucionalismo foi sofisticando as formas de provocação do órgão legislativo. Isto levou, em caráter excepcional, ao deslocamento da iniciativa para outros órgãos, inclusive ao próprio Poder Judiciário, no que tange a certas matérias.²⁵

²⁰ CLÈVE, Clemenson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 95.

²¹ Em notável monografia, o Professor Iusso Nuno Pigarra demonstra que a idéia de separação dos poderes em muito precede a Montesquieu, assim como sua feição atual pouco se assemelha ao contido no “*Espírito das Leis*”. Cf. FIGARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

²² CLÈVE, op. cit. 1993. p. 95-96.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 138

²⁴ CLÈVE, op. cit. 1993. p. 96; FERREIRA FILHO, op. cit. 1995. p. 140.

²⁵ FERREIRA FILHO, op. cit. 1995. p. 140

Com isso, fixou-se o conceito de iniciativa geral, detida a uma multiplicidade de partícipes do processo constitucional e consagrada no atual texto constitucional, ainda no magistério do citado monografista:

“A iniciativa geral — regra de que a iniciativa reservada é a exceção — compete concorrentemente ao Presidente da República, a qualquer deputado ou senador e a qualquer comissão de qualquer das casas do Congresso. E, acréscimo da Constituição em vigor, o povo.”²⁶

A evolução do constitucionalismo e do próprio conceito de separação dos poderes levaram ao desenvolvimento da iniciativa reservada ou privativa, em que determinadas matérias são subtraídas da iniciativa geral e colocadas sob a potestade de um único órgão. Com isso, a possibilidade de inovar no direito posto, relativamente a determinadas matérias, fica dependente da vontade de um único titular do poder de iniciativa.

Faz-se um parêntese para tratar da questão terminológica. Os autores de direito constitucional em geral usam a mesma nomenclatura do texto constitucional, ou seja, tratam de “iniciativa privativa”. Quando se depara com a expressão “iniciativa reservada”, não se encontra nenhuma justificativa para o uso da mesma. Pinto Ferreira aborda este ponto, entendendo que não há distinção entre as expressões.²⁷ Aqui, usaremos indistintamente uma e outra.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê na iniciativa reservada um contrapeso da extensão da iniciativa a vários titulares, e entende que a sua *ratio* estaria na proteção da independência de determinado poder e na “*redução das despesas públicas*”.²⁸ Com todas as vênias, a justificativa do ilustre Autor para esta segunda razão tangencia o terreno ideológico, ao associar a eleição pelo voto direto a uma certa despreocupação com as finanças públicas. Não se deve olvidar, porém, que os titulares do Poder Executivo também têm que passar pelo crivo das urnas.²⁹

²⁶ FERREIRA FILHO, op. cit. 1995. p. 203.

²⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, p. 259.

²⁸ FERREIRA FILHO, op. cit. 1995. p. 144.

²⁹ Nossa crítica deve ser temperada pelo fato de a obra consultada ter sido originalmente escrita sob a vigência da Constituição de 1967. Embora o Autor afirme no prefácio a esta terceira edição tê-la atualizado à luz da Carta de 1988, na verdade parece ter havido apenas a inserção de mais um capítulo, tanto que o trecho comentado faz expressa referência ao art. 60-II da pseudoconstituição de 1969, que contemplava a genérica vedação ao aumento da despesa pública, disposição ausente na atual Constituição.

Na mesma linha é o comentário de Ives Gandra da Silva Martins:

"À nitidez, sem a limitação imposta pelo constituinte e, principalmente, às vésperas de eleições, parlamentares, desejosos de recondução, poderiam dar início à geração artificial de oportunidades para ganhar votos, com o que os orçamentos não resistiriam."³⁰

O mesmo ilustre Autor alinha um outro fundamento para a iniciativa privada, que consistiria num maior conhecimento técnico sobre os assuntos alinhados. Diz ele:

"Por que as matérias elencadas são de competência privada do Presidente da República? É que sobre tais matérias tem o Poder Executivo melhor visão do que o Legislativo, por as estar gerindo. A administração da coisa pública, não poucas vezes, exige conhecimento que o Legislativo não tem, e outorgar a este poder o direito de apresentar os projetos que desejasse seria oferecer-lhe o poder de ter iniciativa sobre assuntos que refogem a sua maior especialidade."³¹

Com as homenagens devidas ao ilustre Constitucionalista, o argumento não se sustenta. Dizer que a falta de "conhecimento técnico" poderia impedir a atuação do Poder Legislativo é olvidar que, nos Paramentos modernos, os parlamentares têm a necessária assessoria de especialistas em diversos assuntos. O Congresso legisla sobre doação de órgãos, trânsito, porte de armas e previdência, só para citar alguns exemplos mais atuais. Seria impensável tirar-lhe a prerrogativa de legislar sobre tais matérias sob o fundamento da "falta de conhecimento técnico". Ademais, mesmo que a iniciativa fosse reservada a órgão externo ao Parlamento, o projeto teria de ser apreciado durante a tramitação, estando totalmente superada a tese segundo a qual nos projetos de iniciativa privada só caberia a aprovação ou rejeição, e não a emenda.

Questão que temos que enfrentar é se a iniciativa privada seria um princípio constitucional ou uma mera regra do processo legislativo com assento constitucional. Usando de uma nomenclatura mais apurada, indaga-se se a iniciativa privada seria uma norma-princípio ou uma norma-disposição.³² Na taxonomia proposta por Luís Roberto Barroso, seis seriam os princípios fundamentais do Estado brasileiro na atual Constituição: republicano, federativo, do Estado democrático de direito, da separação de Poderes, presidencialista e

³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva, BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4, t. 1, p. 401.

³¹ MARTINS, op. cit. p. 387.

³² Sobre a superação da distinção entre norma e princípio e a sua substituição pelas categorias utilizadas no texto acima, BARROSO, op. cit. 1998, p. 141.

da livre iniciativa. Seguem-se os princípios gerais e setoriais, dos quais o Autor não faz enumeração exaustiva³³. Cremos que a iniciativa reservada, caso pudesse se classificar como um princípio, figuraria entre os princípios setoriais da Organização dos Poderes.

No entanto, não cremos sequer que a iniciativa privada seja um princípio constitucional. Para nós, reservar a iniciativa de determinadas matérias ao titular do Poder Executivo (caso que interessa ao presente estudo) é uma opção organizacional do constituinte, que poderia simplesmente não tê-la feito, sem que se mudasse a feição do Estado brasileiro. Com ou sem iniciativa reservada, tem-se um Estado com separação de poderes. Afirmar que a iniciativa privada é decorrência do princípio da separação dos poderes é uma assertiva traiçoeira, pois conclusão exatamente oposta pode ser obtida com o mesmo argumento. Se a separação dos poderes veda que o Poder Legislativo imiscua-se, através da própria produção legislativa, nas decisões administrativas, também é verdade que a iniciativa privada pode ser lida exatamente como uma exceção ao princípio da separação dos poderes, pelo qual a iniciativa de legislar caberia apenas ao próprio Poder Legislativo, como na formulação original de Montesquieu. Na verdade, a primeira leitura decorre muitas vezes de uma confusão entre fenômenos absolutamente distintos. Há casos em que leis emanadas do Legislativo regulam minúcias da Administração, subtraindo poder regulamentar do Executivo. No entanto, o vício de tal norma não estaria, *a priori*, na incorreta iniciativa, mas na ausência das necessárias abstração e generalidade.

Em suma, entendemos que o princípio da separação dos poderes é realmente um princípio fundamental do Estado brasileiro. No entanto, a relação entre o princípio da separação dos poderes e a iniciativa privada se revela simultaneamente em duas facetas: como exceção e como garantia. Como exceção, porque subtrai a iniciativa de legislar do Poder Legislativo, a quem esta tocaria naturalmente, pelo próprio princípio da separação dos poderes. Como garantia, na medida em que impede que o Poder Legislativo preponderasse sobre os demais, legislando sobre seus serviços internos. A regra da reserva de iniciativa, portanto, é norma-disposição, destituída de características principiológicas autônomas.

É de proveito ainda, nesta parte, fazer um breve histórico do instituto da iniciativa privada do Poder Executivo nos textos constitucionais brasileiros.

As Constituições de 1824 e 1891 não contemplaram dispositivos relati-

³³ BARROSO, op. cit. 1998.

vos à iniciativa privada do Chefe do Poder Executivo. Na correta análise de Clémerson Merlin Clève, “é possível que, nesse domínio, o Legislativo tenha exercido supremacia no contexto das Constituições de 1824 (salvo a fase parlamentarista) e de 1891.”³⁴ Já na Constituição de 1934, porém, tem-se o seguinte dispositivo:

“Art. 41. (omissis)

§ 2º. Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, quanto aos respectivos serviços administrativos, pertence exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa de projectos de lei que aumentem vencimentos de funcionários, criem empregos em serviços já organizados, ou modifiquem, durante o prazo da sua vigência, a lei de fixação das forças armadas.”

Ainda na lição de Clémerson Merlin Clève, a partir daí “a preeminência presidencial já se manifesta, inclusive pela criação de uma esfera de iniciativa exclusiva ou reservada, que, com alguns retoques, mantém-se na Constituição atualmente em vigor.”³⁵

Na Constituição de 1937, cuja importância como documento jurídico (no sentido de direito positivo vigente à época) é posta em dúvida por ilustres autores, a iniciativa legislativa passou quase que exclusivamente às mãos do Presidente da República, por razões históricas bastante conhecidas. De fato, rezava seu art. 64 e seu § 1º.

“Art. 64. A iniciativa dos projectos de lei cabe, em principio, ao Governo. Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projectos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre matéria tributária ou que de uns ou de outras resulte aumento de despesa.

§ 1º. A nenhum membro de qualquer das Câmaras caberá a iniciativa de projectos de lei. A iniciativa só poderá ser tomada por um terço de Deputados ou de membros do Conselho Federal.”

Com o fim do período autoritário do Estado Novo, a Constituição de 1946 praticamente retomou a disciplina do tema constante na Carta de 1934, ao dispor no art. 67 § 2º:

“Art. 67. (omissis)

§ 2º. Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados, do Senado e dos tribunais federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete exclusivamente ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem empregos ou serviços existentes, aumentem vencimentos, ou modifiquem, no decurso de cada legislatura, a lei de fixação das forças armadas.”

³⁴ CLÈVE, op. cit. 1993, p. 103.

³⁵ CLÈVE, op. cit. 1993, p. 103.

Note-se que a vedação genérica ao “aumento de despesa”, até então, só esteve presente na Carta ditatorial de 1937. Sintomaticamente, esta vedação veio a ser reintroduzida exatamente por um outro instrumento ditatorial, o Ato Institucional nº 2, de 26 de novembro de 1965, que assim dispôs:

“Art. 4º. Ressalvada a competência da Câmara dos Deputados e do Senado e dos Tribunais Federais, no que concerne aos respectivos serviços administrativos, compete, exclusivamente, ao Presidente da República a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos, aumentem vencimentos ou a despesa pública e disponham sobre a fixação das Forças Armadas.”

Pela Emenda Constitucional nº 17, publicada em 06 de dezembro do mesmo ano, a redação dada pelo AI-2 foi incorporada ao já irrecognível texto da Constituição de 1946, através da modificação do § 2º do art. 67, já transcrito acima.

Com a Constituição de 1967, aprovada por um Congresso esmagado por uma convocação autoritária e pela exiguidade de um prazo fatal³⁶, expandiram-se as hipóteses de iniciativa reservada ao Poder Executivo. A mudança topológica, que passou a distribuir por incisos estas hipóteses, embora apresente o consolo de ser de melhor técnica legislativa, é também sintoma de que já não era possível albergá-las em um texto sintético. Eis a redação do dispositivo correspondente:

“Art. 60. É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:

- I - disponham sobre matéria financeira;
- II - criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem vencimentos ou a despesa pública;
- III - fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas;
- IV - disponham sobre a administração do Distrito Federal e dos Territórios.”

Esta nova disciplina da iniciativa privada foi detectada por Luís Roberto Barroso como um dos sinais de preponderância do Poder Executivo nesta quadra autoritária de nossa História:

“Traço marcante da nova Carta foi a concentração do poder, em sentido vertical e horizontal. (...) E, no âmbito da União, o Poder Executivo se hipertrofiava, notadamente pela subtração da iniciativa do processo legislativo ao Congresso em todas as matérias de relevância.”³⁷

³⁶ BARROSO, op. cit. 1996, p. 34.

³⁷ BARROSO, op. cit. 1996, p. 34.

O advento da atual Constituição, em 1988, embora procurando remover os excessos da ditadura que se encerrava, acabou por não promover um retorno às disposições de 1946. Antes optou por um texto que não escapou da prolixidade que assolou muitos capítulos da Constituição Cidadã. Veja-se o dispositivo:

“Art. 61. (omissis)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.”³⁸

A minuciosa redação mescla elementos da Carta de 1946 com outros reijosamente herdados das trevas ditatoriais. A preocupação subjacente aos dispositivos é, claramente, com relação às despesas públicas.

Compendiando o que foi dito nesta parte, podemos alinhar os seguintes tópicos:

1 - Na origem do constitucionalismo e do princípio da separação dos poderes, a iniciativa legislativa era deferida unicamente ao próprio Poder Legislativo.

2 - A evolução do processo legislativo levou num primeiro momento a que se admitisse a iniciativa por parte de outros órgãos, especialmente o Poder Executivo e, num segundo momento, reservou a este a iniciativa de certas matérias.

3 - O fundamento da iniciativa privativa, segundo a doutrina tradicional, está na preservação da autonomia dos Poderes Executivo e Judiciário e na contenção das despesas públicas.

4 - A iniciativa privativa não é princípio constitucional, mas norma-disposição. Sua relação com o princípio da separação dos poderes envolve tanto uma garantia deste (quanto à independência dos Poderes Executivo e Judiciário), como uma exceção ao próprio princípio (subtração da natural vocação legislativa do Parlamento).

5 - A evolução histórica da iniciativa privativa nas constituições brasileiras demonstra um progressivo alargamento de seu campo de atuação, agravados nos períodos ditatoriais do Estado Novo e do golpe militar de 1964.

IV. O confronto entre a iniciativa privativa e o princípio interpretativo da efetividade da constituição – apreciação em tese do problema

Assentados os pressupostos conceituais, passamos a enfrentar a questão principal, explicitada a seguir:

A situação que se tem em vista, por ora apenas hipoteticamente, é a seguinte: tem-se uma norma constitucional dependente, para produzir seus ordinários efeitos, da existência de normatividade infraconstitucional, correspondendo à terceira espécie na classificação de José Afonso da Silva. Por óbvio, limitada a eficácia da norma, também estará comprometida sua efetividade, da qual aquela é pressuposto. Imagine-se que, nesta situação, a lei demandada pela norma constitucional dependa da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, como exige o art. 61 § 1º da Constituição. Este, porém, mantém-se inerte por muitos anos após a promulgação da Constituição, permanecendo a norma constitucional ineficaz e, por consequência, despida de efetividade. O Poder Legislativo, então, inicia *sponte sua* o processo legislativo que culmina com a promulgação da lei, liberando plenamente a eficácia da norma constitucional. Tal lei seria inconstitucional? Num confronto abstrato entre a iniciativa privativa e o princípio da efetividade, algum deles deve necessariamente prevalecer?

A questão não é propriamente inédita. O próprio Professor Luís Roberto Barroso informa ter elaborado proposta a respeito na época dos trabalhos da Assembleia Constituinte:

“Em estudo que precedeu à elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização, alviramos algumas fórmulas para o trato das omissões legislativas que fossem, em princípio, insanáveis por via judicial. Vejamos cada uma delas.

(1) Nos casos em que a iniciativa da lei dependa do Executivo, sua inércia em encaminhar a mensagem num prazo a ser fixado transferiria a competência a qual quer parlamentar para deflagrar o processo legislativo.”³⁹

³⁸ BARROSO, op. cit. 1996, p. 174.

³⁹ Esta alínea foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 18, de 05 de dezembro de 1998.

A Constituinte não encampou nenhuma proposta nesse sentido. No entanto, à luz da interpretação sistemática da Constituição, pode-se concluir que, em nome da sua efetividade, seria possível deixar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma que desse eficácia a comando constitucional, embora contendo vício formal de origem?

A resposta não é simples. Inicialmente, é preciso sublinhar o princípio da unidade da constituição e a ausência de hierarquia entre as normas constitucionais. Com isso, uma solução simplista poderia concluir que qualquer infração ao art. 61 § 1º da Constituição carrearía uma inconstitucionalidade irremediável para a lei assim gerada.

Por outro lado, é de se reconhecer que o próprio constituinte preocupou-se enotamente com a efetividade da Constituição. O demonstram cabalmente os institutos da ação de inconstitucionalidade por omissão, do mandado de injunção e a norma expressa do § 1º do art. 5º:

“Art. 5º. (omissis)
§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Esta espécie de “auto-interpretação” do constituinte, que permite vislumbrar a efetividade como um verdadeiro princípio constitucional, foi cedo detectada por Flávia Piovesan, que azebuou com toda pertinência:

“Infere-se que a inconstitucionalidade por omissão é reflexo e consequência jurídica do próprio perfil da Constituição de 1988 que, enquanto Constituição Dirigente, exige a vinculação dos Poderes Públicos à sua realização”⁴⁰.

Em trabalho, Francisco das Neves Baptista não só reafirmou esta natureza principiológica da efetividade, como também destacou a necessidade criativa de demanda dos operadores jurídicos:

“Patenteia-se, assim, estar no espírito da Constituição a realização efetiva, na sociedade, de um projeto de convivência organizada, assente sobre certos princípios dela inspiradores e/ou nela própria eleitos e que a atividade jurídico-jurisprudencial promoverá e juristicamente. Essa atividade será, por isso mesmo, necessariamente criativa, em face da variação das condições sociais, a que estará atento o jurista e o julgador, privado da confortável postura da expectativa da atuação do legislador.”⁴¹

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 87.

⁴¹ BAPTISTA, Francisco das Neves. Efetividade das normas (in) constitucionais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, p. 39-62, Jan./Jul. 1999. Tese apresentada ao Segundo Congresso Brasileiro de Advocacia Pública.

É, assim, indubitável que se pode identificar um princípio, quer se chame “*da efetividade*”, ou da “*máxima eficácia possível*”, ou outra nomenclatura ao gosto de cada um, mas que traduza que o comportamento tendente a impedir a efetiva realização de uma norma encartada na Constituição é um comportamento inconstitucional, e o é contrariando o próprio sistema sobre o qual se assenta a Constituição. É, para nós, cristalino que o Chefe do Poder Executivo que se omite na iniciativa do processo legislativo da lei necessária, na hipótese aqui aventada, está agindo inconstitucionalmente.

Neste contexto, não se poderá dizer que a reserva de iniciativa deve prevalecer para todo o sempre, protegendo um comportamento inconstitucional. Tem-se aqui, no mínimo, um caso de ponderação de valores: de um lado, a norma-disposição formal da reserva de iniciativa, com supedâneo no já combatido princípio da separação dos poderes; de outro, um princípio decorrente do próprio sistema constitucional, consistente na efetividade da Constituição.

Chegamos ao ponto em que a interpretação sistemática já não pode oferecer uma solução única e aporritística ao problema. O método tópico, que recentemente vem ganhando espaço no Direito brasileiro, trazido pelas mãos do princípio da proporcionalidade, pode oferecer alguma contribuição ao tema. Ressalte-se, todavia, que não há uma exclusão recíproca entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático, mas antes uma complementação mútua⁴², e também

“o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em sectores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional”⁴³.

É nessa perspectiva que se situa a constatação, ao mesmo tempo objetiva e densa, de Daniel Sarmento, ao tratar da aplicação tópica dos princípios constitucionais:

“Assim, é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas consequências jurídicas não sejam deflagradas naquele caso, ou não o sejam inteiramente, em razão da incidência de outros princípios também aplicáveis”⁴⁴.

Por isso, é de se afirmar que não poderemos oferecer uma solução em tese para o problema, ou seja, dizer que a iniciativa parlamentar na hipótese

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistêmico e o conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 271

⁴³ CANARIS, op. e loc. cit.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo et al. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 52.

colocada será válida ou, ao contrário, a lei assim gerada será irremediavelmente inconstitucional. De toda forma, e antes que o leitor se mostre em completa decepção, pode-se ainda oferecer algum aprofundamento sobre o tema. Assim é que, para melhor análise, dividimos a hipótese em três situações possíveis: (a) vício de iniciativa na lei com posterior sanção pelo Chefe do Poder do Executivo; (b) vício de iniciativa na lei, sem sanção posterior, em que a regulamentação da norma constitucional não interfere com a despesa pública; (c) vício de iniciativa na lei, sem sanção posterior, em que a norma constitucional interfere com a despesa pública. Estas não são certamente as únicas variáveis do problema, mas são as que, num trabalho deste porte, podem por ora ser isoladas para melhor análise.

(a) Vício de iniciativa na propositura do projeto de lei, com posterior sanção pelo Chefe do Poder Executivo

A hipótese é clássica e até já um pouco surrada na dogmática do processo legislativo, mas nem por isso deixou de ser controversa. Consiste em suma, na seguinte pergunta: quando o processo legislativo é iniciado com ofensa à iniciativa privativa, este vício pode ser sanado pela sanção do Chefe do Poder Executivo? Responde afirmativamente, com respeitáveis argumentos, José Afonso da Silva, forte no magistério precedente de Themístocles Brandão Cavalcanti, Seabra Fagundes e Pontes de Miranda⁴⁵. Por outro lado, também com respeitáveis argumentos, entende que é incabível esta convalidação Manuel Gonçalves Ferreira Filho, com lições anteriores de Francisco Campos e Caio Tácito.⁴⁶

Em sede jurisprudencial, chegou a ser editada a Súmula n.º 5 pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “a sanção do projeto sobre a falta de iniciativa da Poder Executivo”. Conquanto não tenha sido expressamente afastada, deixou de ser aplicada pela Corte Suprema, que em esparsos julgados Parecer ter passado ao entendimento oposto. A doutrina, por igual, tende para a impossibilidade de que tal vício seja sanado pela sanção do Chefe do Poder Executivo.

Não é esta a sede adequada para nos posicionarmos sobre a controversia de forma genérica. No entanto, na hipótese que ora analisamos (projeto

de lei que visa efetivar norma constitucional), a irregularidade formal desenganadamente deve ceder diante da dupla manifestação de vontade, do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ambas fazendo nada mais do que concretizar a chamada “vontade de constituição”, na clássica expressão de Konrad Hesse (*Wille der Verfassung*)⁴⁷.

A aplicação do princípio da efetividade, neste caso, encerra toda a controvérsia acima reportada, posto que insustentável a oposição de um vício formal deste quilate à vontade constituinte de efetivar as normas constitucionais.

(b) Vício de iniciativa de lei, sem sanção posterior, em que a norma constitucional não interfere com a despesa pública.

Antes de tudo é preciso dizer que a hipótese alinhada neste subtítulo não é impossível, caso contrário não nos ocuparíamos dela. É bem verdade que os casos de iniciativa privativa previstos no § 1.º do art. 61 da Carta Federal interferem quase sempre com a despesa pública. Mas a exceção é configurável. Veja-se a disposição do art. 142, § 3.º, II da Constituição Federal:

“Art. 142. (omissis)

§ 3º (omissis)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;”

Suponha-se que decorridos cinco anos da promulgação desta norma (a redação atual foi dada por recente Emenda Constitucional), ainda não tenha sido editada a lei de que trata a parte final do dispositivo. Nada obstante, incontáveis servidores militares aprovados em concurso público para cargos civis desejam a transferência para a reserva, que lhes é embarçada justamente pela ausência de lei. Tem-se aí caso, embora hipotético, possível, de necessidade de norma infraconstitucional de iniciativa privativa (a teor da alínea f) do inciso II do § 1.º do art. 61 da Constituição Federal), mas que em nada interferiria com a despesa pública, conquanto tal passagem para a inatividade possa ser dada, conforme a regulamentação de lei, para uma inatividade não remunerada.

Aqui, esvanece o principal sustentáculo teórico da iniciativa privativa, exatamente o controle da expansão da despesa pública. Restaria a questão da autonomia administrativa do Poder Executivo, com frágil apoio no princípio

⁴⁵ HERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 169.

⁴⁶ HERREIRA FILHO, op. cit. 1997. p. 170.

⁴⁷ HESSE, Konrad. *A formação material da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

da separação dos poderes. Ora, o Poder Executivo tem o direito de iniciar o processo legislativo na ocasião que melhor lhe aprouver, mas disso não decorre que tenha o direito de permanecer indefinidamente inerte, de cometer uma inconstitucionalidade por omissão. Se deixa de iniciar o processo legislativo em prazo razoável, quando a Constituição determina que assim o faça, está na verdade cometendo um abuso de direito. Seria quase uma aplicação, ao direito público, do brocardo *Nemo auditor propria turpitudine allegans*.

E, por derradeiro, uma vez promulgada a norma legal com origem no Poder Legislativo, a qualquer tempo o Poder Executivo poderá encaminhar proposta de outra que a revogue e substitua, expiando sua omissão.

Aqui também, ressalvadas hipóteses excepcionais, entendemos que deverá prevalecer o princípio da efetividade da Constituição, impedindo a declaração de inconstitucionalidade da norma assim gerada.

(c) vício de iniciativa na lei, sem sanção posterior, em que a norma constitucional interfere com a despesa pública

Eis a hipótese mais espinhosa, mas certamente a mais comum.

Reporte-se, inicialmente, a aparente controvérsia doutrinária, entre os que entendem possível a determinação, pelo Judiciário, de ações concretas ao Administrador, e daqueles que entendem que esta intervenção esbarraria nos severos limites da conveniência e oportunidade administrativas. Ilustra a segunda posição a ácida crítica de Gustavo Amaral, que atribui caráter “messiânico” a certa interpretação do texto constitucional:

“Aceitas as premissas de fato nos dois exemplos acima, que não são de difícil observação nas situações concretas, vê-se que a posição da ‘máxima efêcia’ não dá elementos suficientes para a solução do conflito. Seus seguidores parecem conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional, como se a estatuição constitucional de uma prestação positiva pudesse, per se, transformar a realidade social naquela deixada e a isso estivessem ‘os outros’ a se opor por má vontade”⁴⁸.

Temos que a controvérsia é, antes de tudo, aparente. Ninguém duvida que o Judiciário não pode ordenar o impossível ao Executivo, nem pode determinar que realize despesa sem a devida cobertura orçamentária. Por outro lado, a mera alegação de “conveniência e oportunidade” não pode ser, por si só, um obstáculo à efetivação das normas constitucionais. A questão passa a

⁴⁸ AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES *et al.*, op. cit. p. 111

ser, então, praticamente, de determinar um “limite” ou “parâmetro” entre estas posições extremas, de saber até onde seria legítimo ao Judiciário intervir em escolhas administrativas. E aqui, mais uma vez, sobressai o método tópico, a indicar a impossibilidade de uma solução genérica e apriorística. Nos já clássicos exemplos da saúde, não seria razoável determinar ao Poder Público que custeie um caríssimo tratamento no exterior, para o portador de uma doença de cura improvável, deixando com isso de promover campanhas de vacinação infantil. É legítimo obrigar o Poder Público a fornecer gratuitamente medicamentos contra a AIDS, deixando de lado outras doenças, como a tuberculose e o câncer? De outra parte, parece plenamente viável uma ação civil pública que impeça a demolição de uma maternidade, onde não exista outra próxima, sob o caprichoso argumento de melhorar a paisagem local.

Não nos alongaremos nos exemplos, nem nos argumentos desta controvérsia, cujo debate é acalorado e atual. Nosso objetivo ao trazer este tema foi constatar que se reconhece ao Judiciário o poder de determinar ações positivas ao Poder Executivo, em demandas individuais ou coletivas. Esta possibilidade encontra limites, maiores ou menores, conforme a corrente que se adote na controvérsia acima reportada, mas que em grau absoluto se consubstanciam exatamente na inexistência do direito garantido pela norma constitucional, por impossibilidade fática. Nesse sentido, a lição de Luís Roberto Barroso:

“Ao deparar com normas manifestamente inexequíveis, o intérprete tende a negar o seu caráter vinculativo, distorcendo, por esse raciocínio, o teor de juridicidade da norma constitucional. Em hipóteses tais – que, no fundo, não são tão numerosas – é a impossibilidade material de cumprimento da norma que gera sua inexigibilidade.”⁴⁹

Nesses casos, de cumprimento faticamente impossível da norma constitucional, pouco importará se esta necessita ou não de mediação da legislação infraconstitucional. Uma vez editada a lei regulamentadora, esta seria tão inefetiva quanto a sua matriz constitucional.

Deixa-se portanto o caso extremo e retorna-se à hipótese em que o titular de um direito constitucionalmente assegurado busca a atuação do Poder Judiciário para fazê-lo efetivo. Isto pode ocorrer de dois modos: pela aplicabilidade direta da norma constitucional, quando a sua densidade normativa é suficiente para tanto⁵⁰, ou, impossível esta, pelo mandado de injunção.

⁴⁹ BARROSO, op. cit. 1996, p. 78.

⁵⁰ BARROSO, op. cit. 1996, p. 145.

A copiosa doutrina sobre o mandado de injunção⁵¹ converge, salvo algumas exceções, para uma conclusão comum: nesta ação, cabe ao Poder Judiciário, diante da falta de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício de um direito constitucional, formular a norma para o caso concreto e determinar a imediata satisfação do direito reclamado.

Aqui, a doutrina não duvida de que o Judiciário exerce um atividade legislativa positiva, conquanto limitada ao caso concreto. Nesta mesma doutrina, jamais se cogitou de que esta atividade legislativa, ao interferir nos órgãos da Administração Pública e seus serviços, estivesse contrariando, em suposto "princípio" da iniciativa privada.

Um exemplo ilustrará melhor o nosso raciocínio. Imagine-se que, diante da falta de norma regulamentadora, um grupo limitado a, por exemplo, dez mil pessoas (pense-se no caso de ex-combatentes ou seus dependentes), esteja privado do exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Cada uma destas dez mil pessoas ingressa com ação individual e obtém, em mandado de injunção, uma ordem para que o Poder Executivo satisfaça o direito reclamado, o que interferirá diretamente com as atribuições de órgãos da Administração (v. art. 61 § 1º, II, e). Ninguém ousaria imputar inconstitucionalidade a este conjunto de decisões judiciais. No entanto, ao invés de ingressar em juízo, essas dez mil pessoas sensibilizam um parlamentar, que inicia o processo legislativo de lei que confere o direito reclamado exatamente nos mesmos termos que o faria o mandado de injunção. O projeto é vetado e o Legislativo rejeita o veto, promulgando-o. Tem-se então a exigibilidade do direito perante a Administração.

Ora, ambas as hipóteses não levam exatamente ao mesmo resultado, uma pela ação do Poder Judiciário e outra pela ação do Poder Legislativo? Haveria então inconstitucionalidade quando o legislador legisla mas não quando o julgador legisla?

Creemos que, ao menos num exemplo como o aventado acima, é de se reconhecer a prevalência do princípio da efetividade sobre a reserva de iniciativa.

⁵¹ Veja-se, em especial, o citado trabalho de Francisco das Neves BAPTISTA, com cuidado sobre o estudo da origem, inclusive etimológica, do mandado de injunção e BARROSO, Luis Roberto. Mandado de Injunção: o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal*, v. 2, n. 3, p. 53-59, jan/jun. 1993. Ambos os trabalhos contêm valiosa visão crítica do instituto.

Dois argumentos poderiam se colocar contra a nossa conclusão. O primeiro, no sentido de que a autorização para que o Judiciário atue positivamente está expressa na Constituição, e para o Legislativo não está, ao contrário, há uma vedação expressa. O argumento não nos impressiona. O princípio da unidade da constituição manda que ela seja interpretada no conjunto de suas disposições e, como demonstramos acima, a efetividade é princípio decorrente do próprio sistema constitucional. Todos os poderes públicos estão juridicamente comprometidos com a efetividade da Constituição.

O segundo argumento é no sentido de que a satisfação simultânea do direito de todos os titulares, via de promulgação da norma regulamentadora, poderia causar grave desequilíbrio às finanças públicas, ao passo que a satisfação pela via judicial é lenta, gradual e só aproveita à minoria que procura o Poder Judiciário, não comprometendo seriamente o orçamento. Este argumento fere a um só tempo o princípio da isonomia e a lógica do sistema constitucional: o objetivo último do constituinte é a regulamentação da norma, não a sua infinita aplicabilidade limitada. Em outras palavras, o mandado de injunção, em nosso sistema, é um "remédio temporário", um bálamo criado pelo constituinte diante da persistente omissão legislativa. Muito melhor, portanto, que o legislador edite logo a norma, ao invés de assobrarbar o Poder Judiciário com infinitas ações para suprir a ausência desta.

Arrematando este capítulo, então, podemos dizer o seguinte. Para quem reconhece que o Poder Judiciário pode, dadas certas circunstâncias do caso concreto, compelir o Poder Executivo a satisfazer um direito constitucional pendente de regulamentação, a única alternativa coerente é reconhecer que, também em certas circunstâncias, poderá o Poder Legislativo fazê-lo, a despeito da regra da iniciativa privada. Por outro lado, para quem entenda que a regra da iniciativa privada jamais poderá ceder diante da efetividade, só resta filiar-se à corrente conservadora que entende que ao Poder Judiciário não é dado interferir na Administração para determinar a satisfação de um direito constitucionalmente assegurado, se para isso tiver que exercer atividade legislativa positiva no caso concreto.

Em suma, ao aplicar o mandado de injunção, o Poder Judiciário, aparelhado pelo princípio da proporcionalidade, terá que decidir, à vista do caso concreto, em que medida pode interferir na reserva de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para determinar a efetivação de um direito constitucionalmente assegurado.

Nossa proposta é que, no controle de constitucionalidade, ao apreciar

uma lei com vício de iniciativa, mas que cumpre integralmente o papel de garantir a eficácia de uma norma constitucional asseguradora de direito, o Poder Judiciário percorra exatamente este mesmo caminho hipotético. Que pondere, com o instrumental do princípio da proporcionalidade, o quanto a autonomia do Poder Executivo foi vulnerada com a lei, em razão do benefício trazido pela efetivação de um direito constitucional.

V. Conclusões

Em breve síntese do que foi dito, sem a pretensão de esgotar as conclusões contidas no corpo do trabalho, podemos formular as seguintes proposições objetivas.

1 - O moderno direito constitucional não pode prescindir da consideração da efetividade das normas constitucionais em todo o seu objeto de investigação.

2 - Certa categoria de normas constitucionais depende da edição de norma infraconstitucional para serem plenamente eficazes (aplicáveis), o que por sua vez é requisito para sua efetividade.

3 - A reserva de iniciativa, no processo legislativo, ao Poder Executivo, é norma-disposição, cujo conteúdo pode variar sem que se comprometa o modelo constitucional adotado num Estado.

4 - A história dos textos constitucionais brasileiros demonstra progressivo alargamento das hipóteses de iniciativa privativa do Poder Executivo, exacerbada nos períodos ditatoriais do Estado Novo e do regime militar.

5 - O confronto entre o princípio da efetividade e a reserva de iniciativa não se resolve necessariamente em favor desta ou daquele, mas depende das circunstâncias do caso concreto.

6 - Apesar da impossibilidade de solução genérica para a questão, alguns parâmetros podem ser traçados a partir da visualização das três hipóteses a seguir:

7 - Quando a iniciativa for incorreta, mas ocorrer a sanção pelo Chefe do Poder Executivo, prevalecerá a corrente doutrinária que entende sanado o vício de origem, desde que a norma assim sancionada atue na efetivação de uma norma constitucional.

8 - Quando, ausente a convalidação na forma do item anterior, a norma assim gerada não interferir com a despesa pública, pode-se afirmar que na

maioria dos casos o conflito se resolverá em favor da constitucionalidade da lei efetivadora de norma constitucional.

9 - A terceira e crítica hipótese ocorre quando a norma, iniciada no Poder Legislativo e vetada pelo Chefe do Poder Executivo, interfere com a despesa pública. Aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade deverá dar a solução em cada caso concreto, à vista dos bens protegidos pelo princípio da separação dos poderes, de um lado, e pelo princípio da efetividade das normas constitucionais, de outro.

10 - O mesmo instrumental teórico que informa os limites e possibilidades da atuação do Poder Judiciário, na integração de norma constitucional mediante atividade legislativa positiva, deve informar a atuação do Poder Legislativo com o mesmo desiderato, relativizando o princípio da separação dos poderes, quer na relação Judiciário-Executivo, quer na relação Legislativo-Executivo.

11 - No controle de constitucionalidade, em que se alegue apenas vício de iniciativa da lei, poderá o Poder Judiciário deixar de declarar a sua inconstitucionalidade, desde que constate, à luz do caso concreto, que os benefícios trazidos pela lei à efetividade da Constituição superam os malefícios do vício formal.

Não olvidamos que o tema comporta maiores e mais aprofundados estudos, que pretendemos fazer em obra de maior porte.

VI. Referências bibliográficas

BAPTISTA, Francisco das Neves. Efetividade das normas (in)constitucionais. *Revista de Direito [da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal]*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, jan./jul. 1999. Tese apresentada ao Segundo Congresso Brasileiro de Advocacia Pública (São Lourenço, 1998).

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- _____. Mandado de injunção : o que foi sem nunca ter sido : uma proposta de reformulação. *Revista de Direito [da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal]*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, jan./jul. 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- _____, MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1995. v. 4, t. I
- CLÈVE, Clémerson Merlin. O poder judiciário na construção do estado de direito. In: *Anais do Seminário Democracia e Justiça*. Porto Alegre : Claris, 1999.
- _____. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1992. v. 3.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo : Malheiros, 1994.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Henrique Cahen, 1947.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. atual. por Uadi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998.