

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DE OLHOS ABERTOS: A AUTO AFIRMAÇÃO DE TÊMIS**  
Wellington Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente/SP  
2010

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DE OLHOS ABERTOS: A AUTO AFIRMAÇÃO DE TÊMIS**  
Wellington Boigues Corbalan Tebar

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP  
2010

# DE OLHOS ABERTOS: A AUTO AFIRMAÇÃO DE TÊMIS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como  
requisito parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito

---

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL  
Orientadora

---

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ  
Examinador

---

LUÍS ROBERTO GOMES  
Examinador

Presidente Prudente/SP, 26 de outubro de 2010

It is emphatically the province and duty of the  
judicial department to say what the law is.

*John Marshall*

Dedico este trabalho à minha família

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me dar forças para lutar.

Agradeço ao meu pai e a minha mãe, pelos exemplos de garra, trabalho, honestidade e, sobretudo, pelo afeto e incentivo que me deram durante todos os anos de minha curta existência.

Agradeço ao meu irmão pelas discussões jurídicas acaloradas, que promovem a sagacidade do pensamento, e, principalmente, por ser meu grande amigo. Agradeço, também, a sua namorada, nova integrante do núcleo familiar.

Agradeço a minha irmã que sempre compreendeu minhas ausências e impossibilidades durante todo este ano em que escrevi este presente trabalho. Ainda, por ser o laço que une esta família.

Agradeço aos meus avós pela preocupação. Enfim, agradeço a toda minha família, pois a conquista e o mérito de um é resultado do esforço e compreensão de todos.

Agradeço aos meus amigos Lucas Harada e Vinicius Vasconcelos de Oliveira e pelo exemplo de amizade e por me ajudarem a provar que, mesmo a distância, uma amizade verdadeira e incorruptível pode ser criada e mantida.

Agradeço a minha amiga Alessandra Tamy Osako, companheira para todas as horas, confidente, com quem eu não me imagino vivendo sem as conversas de cada dia.

Agradeço ao Doutor Tito Lívio Seabra e ao Doutor Luís Roberto Gomes, Procuradores da República em Presidente Prudente, com quem eu aprendo constantemente, na qualidade de estagiário, sendo exemplos a serem seguidos.

Agradeço aos meus professores das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, que me despertaram o senso crítico, a vivacidade e a vontade de lutar pela mudança.

Agradeço a Daniela Martins Madrid, supervisora de monografia, por me ajudar na formatação deste trabalho e pela paciência com que sempre me atendeu durante todo este ano.

Agradeço, também, ao professor Sérgio Tibiriçá do Amaral, por ter aceitado o desafio de me orientar na produção deste trabalho e por sempre ter me incentivado e ajudado na sua realização.

## RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais, como forma de concretizar e efetivar os preceitos da Constituição. Foi constatado que a nossa Constituição é caracterizada por uma estrutura aberta, o que pode ensejar alguns comportamentos omissivos oportunistas. Entretanto, como a Constituição é dotada de normatividade máxima, objetivou-se elaborar uma cuidadosa teoria de justificação e legitimação, para que o Poder Judiciário, diante de uma omissão inconstitucional, possa controlá-la, garantindo o fiel cumprimento das normas constitucionais. Como primeiro pilar desta teoria, analisamos os planos normativos das normas constitucionais, quais sejam a existência, validade e eficácia, concluindo pela existência do poder de constrangimento compatibilizador da Constituição. Tal poder decorre da normatividade máxima da Constituição, expressão máxima do Poder Constituinte Originário, e assegura a sua defesa diante de uma ação, ou omissão. Analisamos, também, a evolução da separação dos poderes, conforme as formas de concepção de Estado, pois demonstramos que a atuação judiciária concretizadora, na verdade, é uma exigência do atual modelo de Estado em que vivemos, tornando o Poder Judiciário agente responsável pela promoção da cidadania. Ainda, desmistificamos o dogma da separação dos poderes, enquanto obstáculo ao controle judicial das omissões inconstitucionais, pois se demonstrou que nada pode ser opor à supremacia constitucional, principalmente o dogma em epígrafe, pelo fato de que a separação dos poderes foi concebida como limitação ao abuso de poder e não como justificativa do mesmo. Prosseguindo, analisamos a legitimidade democrática do Poder Judiciário em exercer tal função de controle. Aqui, apresentamos o segundo pilar de nossa teoria de justificação, qual seja o movimento inter-institucional de funções. O movimento inter-institucional de funções confere legitimidade extraordinária ao Poder Judiciário pois este, em razão de uma anomalia sistêmica, assume, de forma temporária, a função dos demais poderes constituídos, em razão da inércia destes, sempre com a única e exclusiva finalidade de conferir aplicação aos preceitos constitucionais. Demonstrou-se que esta atuação judicial concretizadora contribui para o desenvolvimento da cidadania, bem como para a manutenção do Estado Democrático de Direito, cuja base, fundamento, é o próprio texto constitucional. Por fim, apresentamos o terceiro pilar de fundamentação de nossa teoria, qual seja a prevalência e proteção aos direitos fundamentais do cidadão. Tomando-se em conta estes três pilares, é permitido ao Poder Judiciário fazer o controle judicial das omissões inconstitucionais, seja pelo constrangimento do agente constitucionalmente obrigado, seja pela supressão judicial da omissão. Finalmente, Têmis supera sua cegueira dogmática e se auto afirma perante os demais poderes, determinando a concretização dos preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Efetivação da Constituição. Auto Afirmação. Têmis supera a cegueira dogmática. Controle Judicial das Omissões Inconstitucionais.

## ABSTRACT

The present research analyses the possibility of the judicial control of the unconstitutional omission, in order to materialize constitutional norms. It's been proved that our Constitution has an open structure, which may bring out opportunistic omissive behaviors. However, due to the fact the Constitution is imbued with supreme normativity, we intended to create a painstaking theory of justification, that legitimates the Judicial Power to control the unconstitutional omission, objectifying the completely achievement of constitutional provisions. As the first pillar of this theory, we've analysed the three normative dimensions of the constitutional norms, which are: existence, validity and efficacy, resulting the conclusion that the Constitution has an adequating constraint power. Such power derivates of the supreme normativity of Constitution, maximum expression of the Originating Constituent Power, and is responsible for its defense against an unconstitutional action or a omission. As well, we've analysed the evolution of separation of powers according to the several conceptions of State, demonstrating that the concrete judicial acting, actually, is a necessity of the conception of State that we live, which promotes the Judicial Power to an agent responsible for the improvement of citizenship. Still in that analysis, we've demystified the separation of powers doctrine as an obstacle to the judicial control of unconstitutional omission, because we've demonstrated that nothing can be opposed to the constitutional supremacy, especially that doctrine, due to the fact the separation of powers was created as a limitation against the abuse of power, and not to justify it. Then, we've analysed the democratic legitimacy of Judicial Power, because such legitimacy justifies the judicial control of unconstitutional omission. In this point, we've brought up the second pillar of our justification theory: the inter-institutional movement of functions. The inter-institutional movement of functions concedes unordinary legitimacy to the Judicial Power which, based on a systemic anomaly, take up, temporarily, the function of the others constituted powers, due to their inertia, always exclusively aiming the fulfillment of constitutional provisions. We've demonstrated that this concrete judicial acting contributes to improve citizenship and the maintenance of the Democratic State of law, which bedrock is the Constitution itself. At last, we've brought up the third pillar of our justification theory, which is the prevalence and protection of the fundamental rights of the citizens. Therefore, these three pillars legitimate the Judicial Power to control the unconstitutional omission, by compelling the constitutional obliged agent, or by judicially suppressing the omission. Finally, Lady Justice overcomes her dogmatic blindness and reinforce herself upon the others powers, dictating the fulfillment of the constitutional provisions.

**Key-Words:** Judicial Power. Concretion of the Constitution. Self-Assurance. Têmis surpass the dogmatic blindness. Judicial Control of the Unconstitutional Omission.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....</b>	<b>17</b>
2.1 Conceito .....	17
2.1.1 Estrutura aberta da constituição .....	22
2.2 A Força Normativa da Constituição: A Supremacia Constitucional .....	27
2.2.1 Breves considerações acerca da teoria pura do direito .....	29
2.2.1.1 A natureza “dever ser” da norma .....	30
2.2.1.2 Lei fundamental: fundamento de validade e unidade do sistema .....	33
2.2.1.3 A norma fundamental hipotética e a Constituição jurídico-positiva .....	34
2.2.2 A Supremacia constitucional .....	35
2.2.2.1 Supremacia constitucional X Abertura constitucional .....	37
2.3 Classificação das Constituições .....	38
2.3.1 Constituição material e Constituição formal .....	39
2.3.2 Constituição costumeira e Constituição escrita .....	41
2.3.3 Constituição rígida, Constituição semi-rígida e Constituição flexível .....	42
2.3.4 Constituição analítica e Constituição sintética .....	44
2.3.5 Constituição-Garantia, Constituição-Balanço e Constituição-Dirigente .....	46
2.3.6 Constituição Popular (democrática) e Constituição outorgada .....	47
2.3.7 A Constituição Federal de 1988 .....	48
<b>3 OS TRÊS PLANOS NORMATIVOS DE REFERÊNCIA .....</b>	<b>52</b>
3.1 Considerações acerca da Existência, Validade, Eficácia e Aplicabilidade das Normas .....	52
3.2 Existência, Vigência e Vigor .....	53
3.2.1 Conseqüências decorrentes da vigência normativa .....	57
3.2.2 Existência, vigência e vigor constitucional .....	57
3.3 Validade .....	58
3.3.1 Espécies de invalidade .....	62
3.3.2 O fundamento de validade da Constituição .....	64

3.4 Eficácia .....	66
3.4.1 Eficácia constitucional .....	68
3.4.2 As três classes de efeitos jurídicos .....	69
3.5 Aplicabilidade .....	72
3.5.1 Aplicabilidade constitucional .....	74
3.6 A Relação entre o Poder Constituinte e os Três Planos Normativos .....	76
3.7 Breves Considerações acerca da Visão do Poder Constituinte na perspectiva de Antonio Negri .....	79

**4 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COM BASE NA SUA APLICABILIDADE E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO REGULAMENTADAS ..... 84**

4.1 Introdução .....	84
4.2 Classificação segundo Cooley .....	84
4.3 Classificação segundo Pontes de Miranda .....	86
4.4 Classificação segundo Gaetano Azzaritti .....	88
4.5 Classificação segundo Vezio Cristafulli .....	89
4.6 Classificação segundo José Afonso da Silva .....	90
4.7 Classificação segundo Luís Roberto Barroso .....	94
4.8 Outras classificações .....	97
4.9 Das Normas Constitucionais Não Regulamentadas .....	99
4.9.1 Aplicabilidade das normas constitucionais não regulamentadas: apontamentos críticos .....	101
4.10 Normas Constitucionais Pragmáticas .....	106
4.10.1 A imperatividade das normas constitucionais programáticas .....	109
4.10.2 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas .....	110
4.10.2.1 Eficácia de revogação .....	110
4.10.2.2 Eficácia de constrangimento, negativa ou de bloqueio .....	111
4.10.2.3 Eficácia interpretativa .....	112
4.10.2.4 Eficácia de aplicação .....	113
4.11 Normas Programáticas e Imposições Constitucionais na Visão de Canotilho .....	115
4.12 Ponderações Finais: o Dilema de Têmis .....	122

<b>5 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES .....</b>	<b>125</b>
5.1 Questões Iniciais .....	125
5.2 A relação entre os poderes segundo Aristóteles .....	127
5.3 A relação entre os poderes segundo Thomas Hobbes .....	128
5.4 A relação entre os poderes segundo John Locke .....	134
5.5 A relação entre os poderes segundo Montesquieu .....	137
5.6 A relação entre os poderes segundo os Federalistas Norte-americanos .....	141
5.7 Análise da Separação dos Poderes segundo a Forma de Concepção de Estado .	145
5.7.1 A separação dos poderes no Estado Liberal .....	146
5.7.2 A separação dos poderes no Estado Social .....	152
5.7.3 A separação dos poderes no Estado Constitucional .....	155
5.7.3.1 O Estado Constitucional no Brasil .....	159
5.7.3.2 Desmistificando o dogma da separação dos poderes .....	163
<b>6 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL .....</b>	<b>166</b>
6.1 Atuação do Poder Judiciário .....	166
6.2 Judicialização da Política .....	167
6.2.1 Judicialização e ativismo judicial .....	171
6.3 Legitimidade Democrática do Poder Judiciário .....	173
6.3.1 A Constituição como fonte de legitimação democrática .....	175
6.3.2 Do movimento inter-institucional de funções .....	177
6.3.3 O neoconstitucionalismo: a prevalência dos direitos fundamentais .....	178
6.3.4 A proteção dos direitos fundamentais como fonte de legitimação democrática: os tribunais como palco do cenário democrático .....	180
6.3.5 A proteção das minorias como fonte de legitimação democrática .....	184
6.3.6 A necessidade de provocação como fonte de legitimidade democrática .....	185
6.3.7 A criação do Direito como fonte de legitimidade democrática .....	187
6.3.8 O modo de escolha dos juízes, e as garantias do Poder Judiciário, como fonte de legitimação democrática .....	189
6.3.9 Os precedentes judiciais, na elaboração das leis, como fonte de legitimidade democrática .....	190
6.4 A Atuação Pró-ativa do Judiciário pode transformá-lo num super poder? .....	191
6.4.1 Publicidade da atuação dos tribunais .....	192
6.4.2 A fundamentação das decisões judiciais .....	193
6.4.3 A ética judicial .....	195

6.4.4 As decisões judiciais são baseadas, preponderantemente, em critérios legais ..	196
6.5 Ponderações Finais: “críticas” a um sistema que exige uma postura excessivamente ativista dos juízes .....	198

<b>7 DO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: TÊMIS SUPERA A CEGUEIRA DOGMÁTICA .....</b>	<b>201</b>
7.1 Noções Introdutórias .....	201
7.2 Conceito de Omissão Inconstitucional .....	205
7.3 Omissão Inconstitucional Legislativa .....	207
7.3.1 Omissão inconstitucional legislativa pelo descumprimento total do dever de legislar .....	208
7.3.1.1 A não edição da norma regulamentadora .....	209
7.3.1.1.1 Pressupostos de caracterização .....	212
7.3.1.1.2 A problemática das lacunas jurídicas .....	218
7.3.1.2 Omissão inconstitucional legislativa pela não colmatação das lacunas jurídicas .....	221
7.3.1.2.1 Pressupostos de caracterização .....	222
7.3.1.3 Solução .....	223
7.3.2 Omissão inconstitucional legislativa decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar .....	235
7.3.2.1 A edição de normas defeituosas (omissão parcial) .....	236
7.3.2.1.1 Omissão parcial na edição da norma regulamentadora .....	236
7.3.2.1.2 Omissão parcial na colmatação de lacunas jurídicas .....	239
7.3.2.1.3 Pressupostos de caracterização .....	241
7.3.2.2 A não atualização das normas constitucionais .....	242
7.3.2.2.1 Pressupostos de caracterização .....	244
7.3.2.3 Solução .....	245
7.3.3 Omissão inconstitucional legislativa pelo descumprimento do dever de fiscalização .....	249
7.3.3.1 Pressupostos de caracterização .....	251
7.3.3.2 Solução .....	252
7.4 Omissão Inconstitucional Executiva .....	254
7.4.1 Omissão inconstitucional executiva pelo descumprimento do dever de legislar ..	255
7.4.1.1 A ausência de iniciativa para edição da lei regulamentadora .....	256
7.4.1.1.1 Pressupostos de caracterização .....	260
7.4.1.2 A não expedição de regulamentos necessários a constituir os efeitos de aplicação de leis integrativas .....	262

7.4.1.2.1 Pressupostos de caracterização .....	266
7.4.1.3 Solução .....	268
7.4.2 Omissão inconstitucional executiva por ausência de políticas de governo .....	272
7.4.2.1 Pressupostos de caracterização .....	277
7.4.2.2 Solução .....	279
7.4.3 Omissão inconstitucional executiva pelo descumprimento do dever de fiscalização .....	287
7.4.3.1 Pressupostos de caracterização .....	288
7.4.3.2 Solução .....	289
7.4.4 Outros casos de omissão inconstitucional executiva .....	290
7.5 Omissão Inconstitucional Judicial .....	291
7.5.1 Omissão inconstitucional judicial por denegação de justiça .....	292
7.5.1.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional: garantia de provocação .....	295
7.5.1.2 Da (im)possibilidade jurídica do pedido, e outras questões processuais, como barreira à prestação jurisdicional .....	299
7.5.1.3 Duração razoável do processo .....	303
7.5.1.4 A polêmica envolvendo a arbitragem .....	307
7.5.1.5 Pressupostos de caracterização .....	308
7.5.1.6 Solução .....	311
7.5.2 Omissão inconstitucional judicial pelo descumprimento do dever de fiscalização .....	314
7.5.2.1 Pressupostos de caracterização .....	315
7.5.2.2 Solução .....	316
<b>8 CONCLUSÃO .....</b>	<b>318</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>323</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho surgiu da vontade de se realizar um estudo em que a concretização e a efetiva aplicação da Constituição não sejam apenas meras figuras de retórica, mas uma realidade a ser observada.

Para isso, estruturaremos o estudo realizado em alguns capítulos, cada um trazendo um tema específico e pertinente à temática posta em análise.

No segundo capítulo, analisaremos o fenômeno da abertura constitucional e suas implicações. Para isso, primeiramente estudaremos o conceito de Constituição, com o fim de encontrar uma proposta que melhor se adéque ao presente estudo. Depois, partiremos para a análise do que seja propriamente o fenômeno que se designa de abertura constitucional, e como se caracteriza, legitimamente, uma estrutura aberta de uma Constituição.

Trataremos também das implicações da abertura constitucional em relação à supremacia constitucional. Dessa forma, buscaremos demonstrar se uma possível abertura pode comprometer ou não a força vinculante da Constituição, ou, ao contrário, se a fortalece. Por derradeiro, analisaremos o perfil da Constituição Federal de 1988, segundo os parâmetros apresentados, isto é, segundo o modelo de abertura constitucional proposto.

A abertura constitucional é um tema de grande relevância, já que, como ficará demonstrado, trata-se de fator essencial para que a Constituição se mantenha atualizada, pelo fato de que viabiliza o processo de transformação constitucional, permitindo o constante, atualizado e adequado diálogo entre a Norma Máxima e a sociedade.

Com efeito, não se pode permitir que o fundamento máximo de validade de um sistema se torne letra morta, devendo conservar mecanismo de abertura suficiente para que isso não aconteça. Tal mecanismo de abertura deve ser suficiente para que se permita a renovação do texto constitucional, ao mesmo tempo em que o blindava de ataques anti-democráticos.

No terceiro capítulo, o presente trabalho se prestará ao estudo dos três planos normativos de referência, especialmente vistos sob a ótica da Constituição. Para isso, inicialmente teremos que analisar conceitos importantes que estarão diretamente ligados à temática em apreço. Então, analisaremos a norma no seu plano de existência, validade e eficácia, para modelarmos os primeiros contornos em que o trabalho será sustentado.

Quanto ao plano da existência, analisaremos quando uma norma efetivamente passa a existir no mundo jurídico, e qual a nomenclatura que esta existência jurídica recebe. Além disso, analisaremos, também, as conseqüências geradas no âmbito deste plano.

Quanto ao plano da validade, consideraremos os parâmetros que nos permitem dizer se uma norma, inserida num ordenamento jurídico, é válida ou não. Também consideraremos as conseqüências da constatação da invalidade de uma norma ou um comportamento. Aqui será apresentado o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, pilar fundamental deste trabalho.

Quanto ao plano da eficácia, nosso principal objetivo é estudar a relação entre eficácia e aplicabilidade de uma norma, demonstrando qual o tipo de interação que há entre elas.

Visto isso, um dos principais objetivos deste estudo é justamente analisar os efeitos jurídicos que decorrem de cada um destes planos normativos, mostrando a interação entre eles e a função que cada um exerce na “vida” de uma norma jurídica, principalmente com o fim de entender qual o pressuposto que rege a aplicabilidade das normas, com o fim de efetivá-las no mundo do ser.

Por fim, ainda em relação ao terceiro capítulo, estudaremos a relação entre os três planos normativos e o poder constituinte originário, especialmente no âmbito constitucional, já que aquele será responsável por potencializar a já suprema força normativa da Constituição.

No quarto capítulo, apresentaremos os principais estudos realizados acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Neste sentido, analisaremos as classificações propostas por Cooley, Pontes de Miranda, Gaetano Azzaritti, Vezio Cristafulli, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso.

Depois, visando contribuir para uma nova perspectiva de análise no que concerne à efetivação das normas constitucionais cuja aplicação depende de edição de normas regulamentadoras, estudaremos o regime jurídico destas referidas normas constitucionais.

Para isso, primeiramente, delimitaremos o campo de abrangência, no sentido de determinar quais são as normas não regulamentadas objeto de estudo. Depois, estudaremos o conceito de direito subjetivo, o que influirá diretamente na possibilidade de efetivação judicial de tais normas, já que a previsão de um direito subjetivo, pela norma, viabiliza sua exigibilidade judicial.

Passaremos, então, a realizar alguns apontamentos críticos, no sentido de que não podemos nos contentar em dizer que uma norma constitucional dependente de regulamentação tenha eficácia negativa (impede a criação de normas contrárias a ela), porque isso seria redundância, face à supremacia constitucional.

Após alguns apontamentos críticos, passaremos a analisar o regime jurídico-normativo das normas constitucionais programáticas. Isto é, analisaremos a sua força normativa e as condições de aplicabilidade concreta de tais normas. Além disso, estudaremos as mais variadas espécies de eficácia das normas programáticas, dentre elas: eficácia de revogação, de constrangimento, interpretativa, etc.

Ainda no quarto capítulo, estudaremos as normas programáticas na visão de Canotilho. Analisaremos tais normas sob seus ensinamentos, diferenciando-as, por exemplo, das imposições constitucionais legiferantes.

Apresentaremos, também, o atual dilema de Têmis, a Deusa da Justiça, representada, neste trabalho, pelo Poder Judiciário como um todo. Demonstraremos que, hoje, em razão da inércia dos poderes constituídos eletivos, o Poder Judiciário está deixando a posição de passividade e, inclusive, submissão que antes lhe era característica, para se auto afirmar como verdadeira instituição necessária à efetivação de um pleno Estado Democrático de Direito.

Entretanto, esta postura diferenciada do Poder Judiciário não é bem vista por aqueles que insistem na manutenção do status quo. Neste sentido,

levantam barreiras como o dogma da separação dos poderes e uma falaciosa ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, no sentido de obstar a atuação judicial concretizadora.

Sendo assim, no quinto capítulo, estudaremos o dogma da separação dos poderes. Analisaremos a relação entre os poderes segundo Aristóteles, Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu e os federalistas norte-americanos, sempre focando o tratamento dado ao Poder Judiciário.

Depois, por ser um assunto intimamente ligado ao tema, analisaremos a separação dos poderes segundo os modelos de Estado Liberal, Social, bem como no Estado Constitucional, demonstrando que a atuação judiciária concretizadora, na verdade, é uma exigência do atual modelo de Estado em que vivemos, tornando o Poder Judiciário agente responsável pela promoção da cidadania.

Por fim, no quinto capítulo, desmistificaremos o dogma da separação dos poderes, demonstrando que nada pode ser opor à supremacia constitucional, principalmente o dogma em epígrafe, pois a separação dos poderes foi concebida como limitação ao abuso de poder, e não como justificativa do mesmo.

No sexto capítulo, apresentaremos alguns conceitos ligados à atuação judicial, tais como a judicialização da política e o ativismo judicial, diferenciando-os.

Após, estudaremos os argumentos que nos permitem defender, com certeza, a legitimidade democrática do Poder Judiciário, quando da sua atuação concretizadora.

Para isso, analisaremos a Constituição, o neoconstitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a necessidade de provocação, a criação do direito, o modo de escolha dos juízes, bem como suas garantias e os precedentes judiciais como fonte de legitimidade democrática.

Ainda, visando contribuir para a criação de uma teoria de justificação hígida, apresentaremos os argumentos e as formas de controle da atividade judicial, no sentido de impedir que esta se torne arbitrária. Neste sentido, podemos citar a publicidade da atuação judicial, a motivação das decisões judiciais, a ética judicial, dentre outros fatores de controle.

Por derradeiro, depois de toda análise feita, chegaremos ao ponto chave do trabalho, que é justamente o controle judicial das omissões inconstitucionais. Têmis finalmente supera sua cegueira dogmática e se auto afirma perante os demais poderes, determinando a concretização dos preceitos constitucionais.

Neste último capítulo, estudaremos as omissões inconstitucionais legislativa, executiva e judiciária, propondo soluções para sanar tais vícios de invalidade. Trabalharemos, principalmente, com o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado e a supressão judicial da omissão inconstitucional, pois são formas de controle realizadas pelo Poder Judiciário.

Para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á o método indutivo, conjuntamente com o dialético, histórico, estatístico e o comparativo.

## 2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 2.1 Conceito

Neste primeiro momento, dada a importância da Constituição ao tema deste presente trabalho, e tendo em vista que é em função dela que este trabalho será desenvolvido, não poderíamos deixar de lado a tarefa de estudar o conceito de Constituição.

Entretanto, encontrar um conceito de Constituição não é uma tarefa fácil, mas o faremos tomando por base o que nós consideramos ser minimamente necessário para que seja demonstrado o espírito constitucional. Em outras palavras, levaremos em consideração o que pensamos ser o mínimo essencial para que o conceito de Constituição efetivamente demonstre a função e natureza desta.

Conforme Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.4), toda pré-compreensão tem como uma de suas características a irracionalidade, ainda que minimamente, porque dentre os fatores que a determinam estão os pré-juízos, pré-suposições ou pré-conceitos, que são idéias ou evidências não submetidas ao exercício da razão.

Dessa forma, faz-se necessário uma reflexão crítica a fim racionalizar a pré-compreensão, de modo a transformá-la em um pensamento lógico racional destinado ao convencimento argumentativo, tanto no sentido da manutenção da idéia pré-concebida, mas agora embasada em um raciocínio lógico de convencimento; ou no sentido de modificação da idéia, a fim de adequá-la ao plano lógico racional; ou, ainda, no sentido de superação de tal idéia, por não mais se conseguir mantê-la no plano da lógica racional.

Em conseqüência, Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.4-5) bem salienta:

Posta a questão em termos de pré-compreensão constitucional, o primeiro e radical problema, cuja solução condicionará tudo o mais, consiste em sabermos como há de ser concebida a Lei Fundamental, se devemos considerá-la apenas como Constituição *jurídica*, simples *estatuto organizatório* ou mero *instrumento de governo*, no qual se regulam todos os processos e se definem competências; ou, pelo contrário, se devemos admiti-la mais amplamente, como Constituição *política*, capaz de se converter num plano normativo-material global, que eleja fins, estabeleça programas e determine tarefas.

Em outras palavras, devemos primeiramente decidir se a Constituição é apenas um estatuto do poder, isto é, se se presta somente à organização, instituição e delimitação do Poder estatal, através de definição de competências e atribuições, ou se a Constituição é também uma carta de Direitos destinada aos cidadãos, com finalidade de limitar o arbítrio estatal, garantir direitos fundamentais básicos e transformar a realidade social.

E continua o citado doutrinador (2009, p.5):

[...] a resposta a essas indagações, que dizem respeito à natureza e à função de uma lei constitucional, surgirá do debate teórico-jurídico e teórico-político travado no âmbito da teoria da Constituição que é precisamente, onde se inicia toda compreensão constitucional.

Neste momento, cumpre salientar que nosso objetivo não é um aprofundamento teórico na teoria da constituição, nem mesmo a análise das suas variadas vertentes como a sociológica, filosófica, política, dentre outras. Nosso objetivo, neste primeiro momento, é apenas encontrar um conceito de Constituição que sirva aos propósitos deste trabalho, qual seja o controle judicial das omissões inconstitucionais.

Nosso objetivo agora, então, não é analisar minuciosamente as teorias constitucionais modernas, até porque mesmo que analisássemos uma grande quantidade de teorias constitucionais, “[...] ainda assim não lograríamos alcançar a formulação de um conceito genérico e abstrato, que abrangesse, se não a totalidade, pelo menos a maioria das cartas políticas de que se tem conhecimento [...]” (COELHO, 2009, p.12), devido à grande diversidade, inclusive ideológica, que se observa na ordem jurídica global.

Optamos, portanto, em focar a elaboração de um conceito abstrato, que pode não traduzir todas as realidades constitucionais experimentadas. Entretanto, que através das experiências concretas, resultantes da sua aplicação, possam ser apontados seus erros e acertos, fazendo com que este conceito possa ser submetido à análise crítica, de modo a ser racionalizado.

Sendo assim, tentaremos criar um conceito de Constituição que, conforme a nomenclatura usada pelo próprio Inocêncio Mártires Coelho, mas em sentido diferente do abordado, seja constitucionalmente adequado<sup>1</sup>. Em outras palavras, buscaremos a formulação de um conceito abstrato de Constituição que represente o objetivo a ser alcançado pelos países, assim como o é o ideal da democracia.

Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.10-11), quando perfaz o introdutório acerca dos estudos de Konrad Hesse, explica-nos que este ilustre estudioso da teoria constitucional preocupou-se em chegar a um conceito de constituição que embora não fosse pacífico, tampouco seria rejeitado de imediato pelos seus opositores.

Nesta diapasão, citou o caso do professor Orlando Bitar, que foi submetido à mesma preocupação quando foi desafiado pelos seus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, no começo dos anos sessenta, a elaborar um conceito inatacável de direito constitucional, o qual respondeu: “é um sistema de normas, que regulam a organização, o funcionamento e a proteção de um determinado Estado e os direitos e deveres fundamentais de seus jurisdicionados”.

Este nos parece ser um conceito constitucionalmente adequado, porque traz em si a afirmação de que uma Constituição deve conter normas essenciais à organização do Estado, como as relativas à divisão de poderes, criação

---

<sup>1</sup> Inocêncio Mártires Coelho em momento algum de sua obra utiliza a nomenclatura “constitucionalmente adequado” para se referir a um conceito ideal de Constituição desvinculado das experiências constitucionais concretas. Para este ilustre doutrinador, “constitucionalmente adequada” deve ser uma qualidade da teoria da Constituição, para que ela possa ser útil à metodologia geral do direito constitucional. E uma teoria da Constituição só conseguirá essa qualidade se explorar “corretamente, um novo *círculo hermenêutico*, consistente na interação e na interdependência entre *teoria da Constituição* e *experiência constitucional*. A primeira, favorecendo a descoberta ou investigação das concretas soluções jurídico-constitucionais; a segunda, fornecendo o material empírico indispensável para dar consistência à teoria constitucional” (2009, p.12).

de órgãos, distribuição de competências; bem como limitação dos poderes instituídos, concessão de direitos fundamentais e métodos de concretização destes direitos fundamentais.

Esta última função é uma das mais primorosas de qualquer Constituição. Como Lei Fundamental que é, a Constituição deve assegurar direitos fundamentais aos cidadãos, como forma de limitação do arbítrio do Estado.

Com efeito, os direitos fundamentais são o fim último da produção, interpretação e aplicação de todo ordenamento jurídico. E para isso devem estar devidamente previstos na Carta Constitucional, para que esta lhes empreste a garantia da eficácia, conferindo-lhes aplicabilidade concreta obrigatória.

Para conferir aplicabilidade aos direitos fundamentais, a Constituição deve prever métodos de concretizá-los. Assim, mais que prever direitos, a Constituição deve prever mecanismos de concretização dos mesmos (garantias), já que um direito desprovido de aplicabilidade real não é um direito em si mesmo, mas antes uma forma de opressão.

Além disso, a Constituição deve conservar uma estrutura suficientemente aberta, para que ela possa dialogar com a sociedade a qual está inserida, de modo a permitir o aprimoramento de seu conteúdo (transformação constitucional), garantindo-lhe a característica da aplicabilidade, relevância e justiça.

É neste sentido a lição do mestre constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p.1145), ao dizer que a constituição:

[...] É um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), 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 [...].

A realidade social, então, é necessária ao entendimento do Direito Constitucional, já que como profetiza o grande mestre José Afonso da Silva (2009, p.31), trata-se de um campo onde se verifica grande influência da realidade social, política e ideológica.

Portanto, a realidade social deve ser levada em consideração no processo transformação da Constituição, de modo que esta se adéqüe à realidade e que também se faça valer nesta (transformando-a), impedindo-se, assim, que se torne letra morta e ultrapassada no tempo. Em outras palavras, a realidade social é pressuposto da vida constitucional, sendo fator de sua criação e agente condicionador de sua evolução e aplicação.

O processo de transformação constitucional acontece, por exemplo, através da incorporação de novas normas, resultantes de experimentações vividas na realidade social, ou mesmo de inovada interpretação dada aos preceitos constitucionais com base em uma experiência concreta até então não submetida a análise. E para que este processo ocorra, a constituição deve estar aberta a recebê-lo.

Portanto, entendemos que Constituição é uma estrutura suficientemente aberta, que se destina à instituição e organização do Estado, além de se consubstanciar em um instrumento de afirmação dos direitos e garantias fundamentais.

Quanto à instituição e organização do Estado, estão compreendidas aqui a previsão das funções estatais, os órgãos a desempenhá-las, a forma e o limite de exercício das mesmas, bem como o sistema político e de governo adotados.

Quanto à afirmação dos direitos e garantias fundamentais, estão compreendidos aqui a previsão propriamente dita destes direitos, seja através de disciplina legal ou de inferência principiológica, além dos mecanismos de concretização, em caso de violação dos mesmos.

E para que todas estas normas se conservem vivas no tempo, é estritamente necessária uma abertura constitucional mínima para que a Constituição consiga realizar um diálogo com a realidade social que a cerca, propiciando o processo de transformação constitucional.

### 2.1.1 Estrutura aberta da constituição

Como explicitado no tópico anterior, o conceito formulado traz como um dos elementos da constituição uma “estrutura suficientemente aberta”. Passaremos, dessa forma, a estudar o quão aberta uma constituição deve ser.

Há que se diferenciar neste momento a abertura constitucional da abertura das normas constitucionais. Canotilho (2002, p.1.167) nos explica que a abertura constitucional é uma abertura horizontal, que demonstra a incompletude [normativa] e fragmentariedade do sistema constitucional. Já a abertura das normas constitucionais é uma abertura vertical, porque permite a atuação da atividade legislativa concretizadora, devido a generalidade e indeterminação de muitas normas presentes no texto constitucional.

Assim, ao tratarmos aqui da estrutura aberta da constituição, entenda-se que estamos nos referindo tanto à abertura da própria Constituição, quanto das normas que a compõem.

Flávia Piovesan (2003, p.24), analisando os ensinamentos de Hesse, afirma que este estudioso considera a Constituição uma obra aberta, incompleta e imperfeita. Entretanto, trata-se de uma estrutura conscientemente aberta que, ao mesmo tempo em que conserva sua abertura, também fixa o que não deve permanecer aberto.

Ora, a Constituição não pode estar totalmente aberta, sob pena de ser violada nos seus pontos mais fundamentais, colocando em perigo a unidade do ordenamento jurídico (segurança jurídica), o desenvolvimento da sociedade e o próprio Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, a Constituição também não pode estar totalmente fechada, sob pena de perder a capacidade de dialogar com a sociedade, podendo-se transformar num instrumento de opressão e de legitimação de regimes autoritários.

O que, então, deve permanecer aberto em uma Constituição e o que não deve? Em outras palavras, que matérias a Constituição deve regular e quais matérias ela pode deixar à cargo da imaginação do legislador ordinário para que sejam reguladas?

Para sabermos o que deve permanecer aberto em uma Constituição, utilizaremos o método de exclusão. Isto é, partindo-se do que essencialmente deve estar disciplinado na constituição chegaremos a que assuntos o legislador ordinário pode ou não dispor.

E para sabermos quais assuntos são essenciais, utilizaremos o conceito de “reserva de constituição”, de José Joaquim Gomes Canotilho. Segundo este grande constitucionalista (2002, p.1126), “entende-se por reserva de constituição o conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional [...]”<sup>2</sup>.

E continua o constitucionalista português (2002, p.1126):

[...] Em termos tendenciais, a idéia de reserva de constituição aponta para a existência de certos núcleos de matérias que, de acordo com o espírito do tempo e a consciência jurídica geral da comunidade, devem estar normativamente contemplados na lei proeminente dessa comunidade [...].

A reserva constitucional dos tempos modernos, a nosso ver, foi demonstrada no conceito de Constituição explicitado no tópico anterior. Uma constituição deve trazer normas referentes à organização do Estado, bem como normas fundamentais que especifiquem e protejam os direitos fundamentais.

Quanto à organização do Estado, por exemplo, pensamos ser de clareza solar que esta matéria se enquadra no rol de assuntos que devem compor taxativamente o texto constitucional. Em outras palavras, as funções do Estado, bem como suas limitações (instituição e delineação do exercício do poder), não podem

---

<sup>2</sup> Importante salientar que Canotilho faz uma ressalva quanto à reserva de constituição. Diz o grande mestre “as constituições não são ‘sistemas fechados’, antes se apresentam como conjuntos estruturantes/estruturados abertos à evolução ou desenvolvimento. Por isso, se a realidade constitucional é avessa à petrificação de conteúdo e à rigidificação do ‘sempre igual’, é lógico também que não existam ‘conteúdos imutáveis e inalteráveis da constituição’. Em termos absolutos, não há uma reserva de constituição” (2002, p.1126).

estar ausentes, nem consubstanciadas em normas de estrutura aberta, isto é, serem passíveis de criação ou modificação posterior à constituição.

Ora, “[...] não se quer deixar em branco, ao arbítrio dos governantes ou à lei ordinária, qualquer aspecto que pareça mais delicado na regulamentação do poder político” (MIRANDA, 1996 p.33), justamente porque isso poderia levar à tirania, ao abuso de poder e ao arbítrio opressor do Estado Leviatã, desnaturando a função de instrumento democrático da Constituição.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que o legislador (constituente) não pode prever e positivar todos os temas fundamentais (reserva constitucional), devido, principalmente, a dinamicidade e complexidade da sociedade moderna.

Segundo anota Canotilho (2002, p.1127):

[...] A ‘pluralização dos mundos’ que caracteriza a nossa sociedade (no domínio das religiões, das idéias, dos valores, da estética, da moral) torna crucial o problema de saber se a constituição deve condensar os ‘princípios superiores’ objecto de consenso ou se deve também incluir os dissensos de minorias (religiosas, étnicas, sexuais).

É exatamente pelo fato da constituição ser um reflexo do desenvolvimento de uma sociedade que Canotilho (2002, p.1127) observa que mesmo “a reserva da Constituição deve estar aberta aos *temas do futuro*”.

Note que estes “temas do futuro”, ou temas essenciais que surgirão no futuro, fazem parte de uma reserva constitucional ficta, já que estes deveriam estar disciplinados na constituição, mas por serem desconhecidos, ou não desenvolvidos, ainda não o estão.

Entretanto, por serem essenciais, fatalmente serão integrados à constituição, razão pela qual a constituição deve preservar uma abertura para que estes temas possam vir a integrá-la em algum momento. É em razão disso que entendemos que esses temas essenciais do futuro correspondem à “reserva aberta” da constituição.

Em outras palavras, referimo-nos a reserva aberta todos os assuntos essenciais que virão (ou pelo menos deveriam) a integrar o corpo da constituição (reserva ficta), através de uma estrutura aberta cuidadosamente construída para recebê-los. Em suma: reserva aberta = reserva ficta + abertura constitucional.

Veja o particular caso dos direitos fundamentais: como o legislador não pode prever e positivá-los todos, e dada sua importância em qualquer experiência constitucional, então os direitos fundamentais ainda não contemplados pelo texto constitucional integram o núcleo de temas considerados como objeto de reserva aberta de qualquer constituição.

Desta afirmação pode-se inferir que os direitos fundamentais devem ser, ao mesmo tempo, objeto de reserva “atual” e reserva aberta da constituição.

Os direitos fundamentais são objeto de reserva atual no sentido de que os direitos devem compor o texto fundamental, por terem status de temas essenciais. Além disso, os já disciplinados, seja através de normas ou de princípios, devem ser protegidos a qualquer custo, não podendo ser abolidos ou expurgados do texto constitucional.

A título de exemplo, podemos citar o artigo 60, §4º, IV da nossa Constituição Federal de 1988 que diz, *in verbis*: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”.

Como se depreende, a Constituição Federal de 1988 realizou um movimento de fechamento, com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais já positivados (reserva atual), na medida em que se impede a abolição (supressão), e mesmo restrição, dos mesmos.

Por outro lado, os direitos fundamentais são objeto de reserva aberta quando submetidos à abertura constitucional, no sentido de que a Constituição deve garantir que os direitos ainda não contemplados possam vir a integrar o texto constitucional.

A título de exemplo, podemos citar o artigo 5º, §2º da nossa Constituição Federal de 1988 que diz, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por

ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como se vê, a Constituição Federal realizou um movimento de abertura, permitindo que outros direitos e garantias, não expressos na Constituição, possam ser assegurados aos cidadãos brasileiros.

Destaca-se, agora, a observação de Flávia Piovesan (2003, p.25):

A Constituição, ao deixar conscientemente por regular certas tarefas (incompletude material), ao optar por uma técnica legislativa de normas abertas, princípios e cláusulas (estrutura aberta de normas constitucionais) e ao aceitar a mudança ou mutação constitucional como fenômeno inerente à própria historicidade da vida constitucional (abertura ao tempo), converte-se em instrumento democrático, possibilitador de confrontações e decisões políticas [...].

A constituição, dessa maneira, “não é apenas um “texto jurídico” mas também uma expressão do desenvolvimento cultural do povo” (Canotilho, 2002, p.1127). É mais que um escrito, é um instrumento de garantia dos cidadãos.

Conforme preleciona Jorge Miranda (1996, p.33):

A idéia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direcção de garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na protecção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais.

Dessa forma, as normas constitucionais que refletem o fim de protecção dos cidadãos devem permanecer fechadas, para que não possam ser alteradas. Ressalvada a hipótese criação de novos meios de protecção ou a melhoria dos já existentes, caso em que se observará uma abertura, para este único objetivo.

Portanto, quando dissemos, inicialmente, que a estrutura, tanto da Constituição, quanto da norma, deve ser “suficientemente” aberta, quer dizer que ela deve ser fechada o bastante para resistir às agressões tirânicas que possa sofrer,

mas deve ser aberta o suficiente para permitir a incorporação de novos meios de defesa dos cidadãos, ou o aprimoramento dos já existentes.

Colocando em outros termos, a constituição deve permanecer suficientemente aberta para que além de cumprir sua função de instrumento de diálogo com a sociedade, permitindo a captação dos anseios desta pela classe política, também cumpra sua função de proteção própria e da sociedade contra a tirania, abuso de poder e inércia dos poderes públicos.

## **2.2 A Força Normativa da Constituição: A Supremacia Constitucional**

A força normativa da Constituição já é um conceito consagrado, e embora a teoria alemã o tenha abordado com precisão, buscaremos uma definição que melhor se adéqüe ao estudo. Assim também o será em relação à supremacia constitucional.

Para isso, teremos que fazer algumas considerações iniciais acerca dos institutos precursores da Constituição e da importância (força) regulamentativa que possuíam em suas respectivas épocas.

Uma das primeiras formas de regulamentação que contribuiu para a atual noção de Constituição remonta à Grécia Antiga. “Na célebre obra de Aristóteles, *A política*, está clara a distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 3).

As leis constitucionais eram chamadas de “*topói*”, ao passo que as leis comuns eram chamadas de “*nomói*”. Dessa maneira, as “*topói*” eram consideradas normas superiores, das quais as “*nomói*” lhe deviam respeito e obediência. Vê-se que já naquela época surgia a noção de leis fundamentais, superiores às demais, noção esta bem parecida com a que temos hoje em relação à Constituição.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p.4):

A idéia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na idéia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos *pactos* e nos *forais* ou *cartas de franquia* e *contratos de colonização*; de outro, nas *doutrinas contratualistas medievais* e na das *leis fundamentais do Reino*, formulada pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista.

Os pactos e as cartas de franquia têm em comum o fato de que ambos foram produzidos na forma escrita, e ambos consubstanciavam a proteção aos direitos individuais dos cidadãos. Esboçavam, então, uma das primeiras formas de limitação dos poderes do Estado, cujas características viriam a fazer parte do que hoje conhecemos por Constituição.

Um dos mais famosos pactos é a Magna Carta, documento que o Rei João Sem Terra da Inglaterra foi obrigado assinar, em 1215, jurando-lhe obediência e acatando a imposição da limitação dos seus poderes.

Com relação aos contratos de colonização, característicos das colônias da América do Norte, foram importantes porque estabeleciam regras comuns que regeriam a sociedade recém criada, numa terra que procurava se desvencilhar do passado de intolerância e perseguição religiosa.

As leis fundamentais do Reino, por sua vez, foram criadas na França, como forma de combater as limitações da Monarquia, impedindo-se o enfraquecimento da Coroa.

Segundo Manoel Gonçalves ferreira Filho (2005, p.5):

[...] Afirmava essa doutrina que, acima do soberano e fora do seu alcance, há regras que constituem um *corpo específico*, seja quanto à sua matéria, seja quanto à sua autoridade, seja quanto à sua estabilidade. Quanto à sua *matéria*, que é aquisição, o exercício e a transmissão do poder. Quanto à sua *autoridade*, que é superior às regras emanadas do Poder Legislativo ordinário que são nulas se com elas conflitarem. Quanto à sua *estabilidade*, enfim, pois são imutáveis, ou, ao menos, como concediam alguns, somente alteráveis pelos Estados Gerais.

Por derradeiro, conclui (2005, p.5) que “nessa doutrina, encontra-se indubitavelmente a fonte da superioridade e da intocabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às Constituições escritas”.

Portanto, como se vê, as leis fundamentais do reino já assumiam uma função que a Constituição de hoje viria a desempenhar, qual seja a de norma superior de um ordenamento, bem como a característica que deriva desta superioridade, qual seja a intocabilidade de suas normas (supremacia constitucional).

Feitas estas considerações iniciais, é necessário tecer alguns breves apontamentos acerca da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, com o fim de mostrar as contribuições desta teoria no sentido de revelar a força normativa superior da constituição, bem como inferir uma de suas características mais importantes, qual seja a supremacia constitucional.

### **2.2.1 Breves considerações acerca da teoria pura do direito**

A teoria pura do Direito foi criada por Hans Kelsen, que objetivou o estudo do direito positivo. Entretanto, Hans Kelsen já na primeira página de sua obra adverte que tal teoria tinha como objetivo conhecer única e exclusivamente o seu objeto.

Explica Hans Kelsen (1998, p.1):

Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

A estes elementos, que são estranhos à ciência jurídica, foi dada a denominação de metajurídicos. Em outros termos, os elementos metajurídicos são as outras ciências, tais como a sociologia e a psicologia, que influenciam o direito, mas das quais Kelsen procurou se afastar quando da elaboração de sua teoria.

Isto não significa, entretanto, que Kelsen não tinha qualquer apoio filosófico ou sociológico. Ele possuía tal apoio, mas era escolhido de acordo com sua concepção objetiva de Estado e norma. Por exemplo, seu apoio filosófico era Kant.

Por fim, ressalta José Afonso da Silva (2008, p.30):

Kelsen, porém, não desconhece que na base de todo Direito existem dados sociais, isto é, uma realidade social complexa, que o explica e à qual se destina, e também que o Direito é inspirado por teorias e princípios filosóficos, relacionados com a norma positiva, mas estes são problemas metajurídicos, segundo diz, e seu estudo não compete ao jurista como tal, mas ao sociólogo e ao filósofo. Sua teoria pura do Direito visa a expurgar a ciência jurídica de toda classe de juízo de valor moral ou político, social ou filosófico.

Portanto, ainda que Kelsen não desconhecêsse a influência da realidade social para a dinamicidade do Direito, preferiu ficar indiferente a ela, para a elaboração de uma teoria do direito que fosse pura, isto é, que considera o direito apenas no seu aspecto positivo (normativo).

### **2.2.1.1 A natureza “dever ser” da norma**

Antes de prosseguir ao estudo da lei fundamental, cumpre-nos estudar a natureza da norma na visão de Kelsen. Este (1998, p.4) preleciona que “[...] com o termo “norma” se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira [...]. Na verdade, a norma é um dever-ser, e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser [...]”.

A norma, dessa maneira, representa abstratamente “um ato intencional dirigido à conduta de outrem” (1998, p.4). E o ato de vontade situado no plano do “ser” pode ou não estar de acordo com este ato prescrito pela norma, situada no plano do “dever ser”. Portanto, aquilo que é (fato) pode ou não corresponder ao que deve ser (norma), já que o ser somente corresponderá ao dever ser se aquele estiver de acordo com o conteúdo deste.

Note que a conduta do dever ser pode encontrar correspondência no ser, mas isto não significa que ambas as condutas sejam iguais. Daí a advertência de Hans Kelsen (1998, p.5):

[...] A conduta que é e a conduta que deve ser não são idênticas. A conduta que deve ser, porém, equivale à conduta que é em toda a medida, exceto no que respeita à circunstância (*modus*) de que uma é e a outra deve ser. Portanto a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato [...].

Assim, segundo mostra os ensinamentos de Kelsen, mesmo que uma conduta que se situe no plano do ser equivalha a uma conduta situada no plano do dever ser, elas não serão idênticas, pelo fato de se encontrarem em planos diferentes.

Há, ainda, que se diferenciar as dimensões objetivas e subjetivas do dever ser, sob a perspectiva do ser. Para Kelsen (1998, p.6), “[...] ‘dever-ser’ é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro [...]”. Assim, dever ser, no sentido subjetivo, corresponde à conduta de um indivíduo que entende estar agindo de acordo com o que deva ser.

Entretanto, adverte Kelsen (1998, p.6) que “[...] nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como ‘norma’ ” (1998, p.6).

O fato do “dever ser” constituir o sentido objetivo do ato “exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida), não apenas do ponto de vista do indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado [...]” (1998, p.6). Assim, dever ser, no

sentido objetivo, corresponde a uma conduta obrigatória praticada por um indivíduo, esteja ele consciente ou não desta obrigatoriedade.

Portanto, podemos concluir que o ser representa o sentido subjetivo do dever ser, quando o ato de vontade é espontaneamente praticado como o indivíduo o crê que deveria ser. Por outro lado, o ser representa o sentido objetivo do dever ser, quando o ato é praticado por ser obrigatório, seja este ato orientado ou não em razão desta obrigatoriedade.

Note, então, que o dever ser objetivo não considera a vontade como pressuposto de sentido, mas sim a coincidência, consciente ou não, do ato praticado com uma conduta obrigatoriamente imposta. Em outras palavras, há uma conduta obrigatoriamente imposta e o ato a ser praticado se orienta de acordo com ela, independentemente do querer.

Tendo em vista isso, somente o dever ser objetivo se traduz em norma válida, vinculando todos os seus destinatários. Isso porque, o dever ser objetivo traz ínsito em si a obrigatoriedade de obediência da conduta imposta pela norma.

Trata-se da lição que Kelsen nos ensina (1998.p.6):

[...] Muito embora o querer, cujo sentido subjetivo é o dever-ser, tenha deixado faticamente de existir, uma vez que, com a vontade, não desaparece também o sentido, o dever-ser; uma vez que o dever-ser 'vale' mesmo depois de a vontade ter cessado, sim, uma vez que ele vale ainda que o indivíduo cuja conduta, de acordo com o sentido subjetivo do ato de vontade, é obrigatória (devida) nada saiba desse ato e do seu sentido, desde que tal indivíduo é havido como tendo o dever ou o direito de se conduzir de conformidade com aquele dever-ser. Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser 'objetivo', é uma 'norma válida' ('vigente'), vinculando os destinatários[...].

Muito embora algumas críticas possam ser tecidas à teoria pura do Direito, foi através da contribuição de Hans Kelsen que a natureza de dever ser da norma jurídica foi revelada (SILVA, 2009, p.31).

### 2.2.1.2 Lei fundamental: fundamento de validade e unidade do sistema

Uma das questões que preocupou Hans Kelsen (1998, p. 135) na formulação da Teoria Pura do Direito foi o fundamento de validade de um sistema normativo. Se o Direito é concebido como um sistema de normas, o que fundamenta a unidade destas normas, isto é, o que as legitimam como conjunto? Além disso, quando uma norma é válida e de onde ela retira o seu fundamento de validade?

Quanto à justificação de validade, “dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma” (KELSEN, 1998, p.135). Em outras palavras, norma válida é puro dever ser objetivo, sem vinculação alguma com o ser.

Quanto ao fundamento de validade das normas Kelsen (1998, p.135) pondera:

[...] a questão de porque é que a norma vale - quer dizer: por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma - não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma [...].

Assim, a norma não depende dos fatos para ser válida, ao contrário, depende apenas de um outro dever ser. A norma da qual outra lhe extrai a validade é figurativamente chamada de norma superior e assim se segue numa cadeia sucessiva. Portanto, uma norma é válida porque encontra pertinência de validade com uma norma exatamente superior a ela, e assim se segue numa escala ascendente.

E continua (1998, p.136):

[...] A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).

Dessa forma, todas as normas têm como fundamento de validade a pertinência com a norma fundamental, razão pela qual as normas válidas formam, junto com a constituição, um sistema de normas (ordenamento jurídico).

Portanto, “[...] é a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa” (KELSEN, 1998, p.136).

Sendo assim, a Constituição ostenta o atributo da normatividade máxima, sendo o elo de união e fundamento de validade de todo ordenamento jurídico. Esta é a força normativa da Constituição, da qual decorre necessária e logicamente a sua característica de ser suprema, a qual será estudada mais a frente.

### **2.2.1.3 A norma fundamental hipotética e a Constituição jurídico-positiva**

Primeiramente, conforme preleciona José Afonso da Silva (2009, p.30), a Constituição segundo Kelsen é norma, mas norma pura, em coerência com o normativismo metodológico de sua teoria, que concebe o direito apenas como direito positivo, isto é, como puro dever ser, livre de qualquer fundamentação sociológica, política ou filosófica. O austríaco, nascido em Praga, buscava com essa idéia que o direito ficasse livre das influências comuns do período, como da filosofia e da religião.

A constituição, na teoria pura do Direito é compreendida em dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo. No sentido lógico jurídico, ou jurídico-

epistemológico, a constituição é norma hipotética fundamental, que serve de pressuposto lógico transcendental à constituição concreta (jurídico positiva). No sentido jurídico positivo, a constituição é norma positiva suprema, determinada, efetivamente estabelecida.

Portanto, a norma fundamental hipotética representa o pressuposto lógico de validade da norma positiva suprema. Em outras palavras, a norma posta retira sua validade da norma pressuposta.

### **2.2.2 A Supremacia constitucional**

Como vimos anteriormente, a Constituição é responsável pela unidade do sistema normativo, além de ser o fundamento de validade deste, em razão de sua normatividade máxima. Deste atributo decorre a característica da supremacia constitucional.

Uma norma, para ser válida, tem que buscar fundamento de validade numa norma superior, em escala ascendente, “de tal modo que todas as normas, cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema de normas, uma ordem normativa” (FERRARI, 2001 p.30).

Quanto a escala ascendente de relação de validade das normas, Hans Kelsen nos ensina que (1998, p.155):

[...] A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

Desta forma, uma das grandes contribuições de Hans Kelsen foi conceber a estrutura escalonada do sistema normativo, com a Constituição sendo a norma mais importante, a norma maior, a norma suprema, e que por isso todas as outras normas lhe devem obediência, sob pena de serem inválidas.

Isto traz conseqüências jurídicas importantes, como, por exemplo, a idéia do controle de constitucionalidade. Neste introdutório cumpre apenas destacar que tal controle tem como pressuposto justificador a obediência aos preceitos da Constituição.

Se, por exemplo, uma norma está em desacordo com a Constituição, isto significa que esta norma não partilha do fundamento de validade do sistema, representado pela própria Constituição. Dessa forma, para que se garanta a segurança da ordem normativa, pelo respeito à Constituição, deve-se expurgar a norma inválida.

Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.17): “como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição. Nisto consiste a *supremacia constitucional*”.

Entretanto, a idéia da supremacia constitucional não pode ser analisada somente do ponto de vista da existência de uma norma contrária à Constituição. Deve também ser analisada do ponto de vista do descumprimento de uma ordem dada pela Constituição.

Trata-se da lição de José Afonso da Silva (2009, p.46):

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

Então, por exemplo, a Constituição pode ser desrespeitada pela criação de uma norma que contraria seus preceitos, ou pela não criação de uma norma ou programa que ela ordenou que fossem criados. Destaca-se que ambas as

formas de desrespeito ao texto constitucional representam uma afronta merecedora de repreensão enérgica.

Portanto, a supremacia constitucional se traduz na força que a constituição tem de fazer valer os seus preceitos, seja expurgando uma norma que a contrarie, ou fazendo cumprir ordem que proferiu.

### **2.2.2.1 Supremacia constitucional X Abertura constitucional**

Entendemos ser pertinente este tópico frente ao presente trabalho que se desenvolve. Poder-se-ia indagar: uma possível abertura constitucional não afetaria a força da constituição de se fazer valer?

Depende. A resposta a esta pergunta pode ser positiva ou negativa, a depender dos elementos considerados.

Se a abertura constitucional for tamanha, a ponto de que matérias, como a disciplina dos direitos fundamentais, sejam deixadas a cargo do legislador ordinário, ou, ainda que estejam disciplinadas na constituição, mas as normas constitucionais se revelem genéricas, então a constituição teria sua força concretizadora prejudicada, porque a concretização da Constituição não dependeria mais apenas de sua normatividade.

Agora, se a abertura constitucional for suficiente, como defendido neste trabalho, ao ponto da Constituição ser sensível à dinamicidade social, mas a ponto de resistir a qualquer abuso de poder, então a constituição manterá sua força concretizadora em plena vitalidade.

É claro, também, que a força concretizadora da Constituição depende dos órgãos encarregados de aplicá-la, mas essa discussão será travada mais adiante.

Quanto à abertura constitucional, digna de menção é a observação feita pela professora Flávia Piovesan (2003, p.24): “[...] O fato de a Constituição

estar aberta ao tempo não implica na dissolução ou diminuição da força normativa de seus preceitos, na medida em que o texto apresenta força jurídica obrigatória e vinculante [...]”.

Portanto, uma abertura constitucional suficiente não torna a Constituição frágil, ao contrário, a fortalece, até mesmo porque uma suficiente abertura também é pressuposto de sua evolução.

### **2.3 Classificação das Constituições**

Quanto à classificação, optamos por discutir apenas as classificações mais importantes para o tema do presente trabalho, e que nos ajude a entender em quais destas classificações a nossa Constituição Federal 1988 se amolda e, principalmente, o porquê.

Sendo assim, trataremos sobre a classificação da constituição segundo seu conteúdo, isto é, a natureza das matérias que se encontram disciplinadas em seu texto, se são essencialmente constitucionais ou não.

Abordaremos a classificação que leva em conta a forma como seu conteúdo se apresenta, sendo escrita ou costumeira. Tem-se, também, a classificação que tem por base a flexibilidade ou mutabilidade da constituição, que estabelece o grau de dificuldade para alteração e atualização de seu texto, podendo ser rígida, semi-rígida ou flexível.

Trataremos da classificação que leva em consideração a extensão do tratamento dados aos assuntos pela constituição, podendo ser analítica ou sintética. Tem-se, ainda, a classificação que tem como pressuposto a origem do Poder Constituinte, isto é, o processo de criação da mesma, sendo democrática ou imposta (outorgada).

Por fim, também trataremos da classificação que leva em conta a finalidade da constituição, sendo ela, dessa forma, constituição-garantia, constituição-balanço ou constituição-dirigente.

### 2.3.1 Constituição material e Constituição formal

Quanto ao conteúdo as constituições podem ser classificadas como materiais ou formais.

Segundo preleciona Paulo Bonavides (2008, p. 80):

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Dessa forma, materialmente constitucional será a norma que trata de assuntos fundamentais do Estado, como a sua organização política, bem como dos seus cidadãos, como os direitos fundamentais, além de outros assuntos considerados fundamentais a ponto de se dignarem a receber o status de matéria constitucional.

E conclui o célebre constitucionalista Paulo Bonavides (2008, p.81):

Em suma, a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.

Vê-se, então, que a constituição, em sentido material, está intimamente ligada ao conceito de reserva da Constituição de Canotilho, já que somente os temas essenciais são dignos de serem considerados temas constitucionais.

Observa-se, entretanto, que não há uma fórmula exata para identificar, com precisão, quais temas são essencialmente constitucionais e quais não são. Eles decorrem, como já vimos, da pré-compreensão constitucional e da experiência histórica de cada povo.

Por outro lado, Constituição formal é a nomenclatura utilizada para se designar todas as matérias que, embora não sejam consideradas elementos essenciais, integram o corpo da Constituição. Dessa forma, a única razão destas matérias serem consideradas constitucionais é porque integram solenemente o documento constitucional.

Assim é a lição de Paulo Bonavides (2008, p. 81):

As constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.

Sendo assim, se o aspecto material da Constituição diz respeito somente ao conteúdo; o aspecto formal da Constituição diz respeito somente à forma como elemento caracterizador ou não da qualidade constitucional de determinada matéria.

Vale destacar que, embora uma matéria seja constitucional pela qualidade de sua forma, e não pelo conteúdo, ainda assim goza de superioridade hierárquica frente às demais normas do ordenamento jurídico, justamente por integrar a norma fundamental.

### 2.3.2 Constituição costumeira e Constituição escrita

Quanto à forma a constituição pode ser classificada como costumeira ou escrita.

Quanto à constituição costumeira, apontam-se três espécies: [1] totalmente costumeira; [2] parcialmente costumeira e [3] de aplicação complementada pelo costume.

A constituição totalmente costumeira baseia-se nos costumes constitucionais característicos de cada povo, isto é, os costumes se transformam em lei (máxima), vinculando o povo que deles partilham.

Entretanto, nos tempos modernos “inexistem constituições totalmente costumeiras, semelhantes àquela que teve a França no *ancien régime*, antes da Revolução Francesa de 1789, ou seja, ‘uma complexa massa de costumes, usos e decisões judiciais’. (Barthélemy) (BONAVIDES, 2008, p.84)

O ilustre constitucionalista ainda salienta que (2008, p.84):

Há também Constituições parcialmente costumeiras, quais a da Inglaterra, cujas leis abrangem o direito estatutário (statute law), o direito casuístico ou jurisprudencial (case law), o costume, mormente o de natureza parlamentar (parliamentary custom) e as convenções constitucionais (constitutional conventions).

Há, ainda, as constituições escritas que utilizam os costumes como método de integração de lacunas, ou como método de interpretação de pontos controversos de seu texto. Temos, como exemplo, a constituição dos Estados Unidos da América.

Por fim, não é acertado chamar a constituição costumeira de constituição não escrita, já que, com propriedade, Paulo Bonavides adverte que “possa haver costumes redigidos, como na França da realeza absoluta” (2008, p.85).

Quanto à constituição escrita, como o próprio nome nos diz, é a constituição composta por um conjunto de leis sistematizadas e agregadas num único documento, elaborado formalmente por autoridade competente. Trata-se, portanto, de “leis postas em documentos formais” (BONAVIDES, 2008, p. 84).

Hoje é inegável o fascínio da idéia de uma constituição escrita. Isto porque uma constituição escrita representa uma ordem objetiva e permanente contra o abuso de poder, por limitar as funções do estado, além de representar uma garantia dos cidadãos, acessível para qualquer um que a queira ver, tocar e, principalmente, exigir a sua aplicação.

### **2.3.3 Constituição rígida, Constituição semi-rígida e Constituição flexível**

Quanto à alterabilidade, estabilidade ou consistência, a constituição pode ser classificada em rígida, semi-rígida (ou semiflexível) e flexível.

Constituição rígida é aquela que prevê um processo especial para que se efetue a sua alteração, processo esse mais dificultoso do que o previsto para alteração de qualquer lei infraconstitucional. Portanto, “dizem-se rígidas as constituições que, mesmo admitindo emendas, reformas ou revisões, dificultam o processo tendente a modificá-las, que é distinto, por essa razão, do processo legislativo comum” (COELHO, 2009, p.19).

Quanto a rigidez constitucional, importante é a lição de José Afonso da Silva (2009, p.42):

A estabilidade das Constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há Constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social*. A rigidez relativa constitui técnica capaz de atender a ambas as

exigências, permitindo emendas, reformas e revisões, para adaptar as normas constitucionais às novas necessidades sociais, mas impondo processo especial e mais difícil para essas modificações formais, que o admitido para alteração da legislação ordinária.

Assim, uma constituição rígida por excelência deve ser sólida para proteger suas instituições, mas deve se permitir a mudar, através de um processo solene e dificultoso, para se adequar à realidade e também transformá-la, sob pena de perder sua característica de instrumento de progresso social.

Já a Constituição flexível é aquela que pode ser alterada mediante processo legislativo comum, isto é, mediante processo utilizado para alteração e modificação de qualquer norma infraconstitucional. Não há, dessa maneira, processo solene para alteração da constituição.

Uma observação acerca da flexibilidade constitucional se faz necessária (BONAVIDES, 2008, p.83):

A flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas constituições costumeiras como nas Constituições escritas. Erro, portanto, é cuidar que toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida. A velha Constituição francesa anterior a 1789, assentada basicamente em normas consuetudinárias, continha costumes rígidos, como assinalam vários constitucionalistas (Burdeau, Vedel etc.). Citam especialmente o caso da anulação do testamento de Luís XIV, que alterava a lei de sucessão do trono e, fora feito pelo rei, sem audiência dos Estados Gerais, no exercício de uma função legislativa ordinária. Veio depois o testamento a ser cassado pelo Parlamento de Paris. Com esse ato comprovou ele a rigidez e superioridade do costume constitucional.

Superado esse ponto, passemos então ao estudo da constituição semi-rígida. A constituição semi-rígida ou semiflexível se encontra na área de transição entre a constituição rígida e a constituição flexível, tendo características de ambas.

Segundo Inocêncio Mártires Coelho (2009, p.19), “denominam-se semi-rígidas as constituições de estabilidade híbrida, aquelas dotadas de partes rígidas e partes flexíveis [...]”. Esta característica vai refletir diretamente na forma de alterá-la.

Por parte rígida entenda-se os assuntos materialmente constitucionais, e por parte flexível entenda-se os assuntos formalmente constitucionais.

Se a parte que está sendo submetida à alteração for rígida (constituição material), então o processo de alteração será especial, isto é, seguirá um rito procedimental mais dificultoso e solene, diferente do processo de modificação da legislação comum.

Se a parte que está sendo submetida à alteração for flexível (constituição formal), então o processo de alteração será o mesmo a ser utilizado para modificação da legislação comum (infraconstitucional).

Portanto, nas constituições semi-rígidas há dois blocos de constitucionalidade: o bloco material e o bloco formal. E cada bloco terá um processo de alteração próprio, muito embora integrem o mesmo corpo textual.

Um exemplo de constituição semi-rígida é a Constituição do Império do Brasil outorgada em 1824. Em seu artigo 178 prelecionava que somente os assuntos referentes às atribuições e limites dos Poderes Públicos, bem como os Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos integravam o bloco de materialidade da constituição. Dessa maneira, estes assuntos só poderiam ser modificados por rito especial, ao passo que todos os demais (bloco formal) poderiam ser alterados por processo legislativo comum<sup>3</sup>.

#### **2.3.4 Constituição analítica e Constituição sintética**

Quanto à extensão as constituições podem ser classificadas em analíticas (prolixas ou amplas) e sintéticas (concisas ou básicas).

A constituição sintética preocupa-se apenas em firmar os fundamentos básicos e essenciais ao funcionamento do Estado, sem pretensão de completude material textual expressa.

---

<sup>3</sup> Artigo 178 da Carta outorgada de 1824: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”.

Este tipo de constituição consagra matéria constitucional estritamente essencial, ao mesmo tempo em que se fundamenta em princípios estruturais, que têm a função de adequar a realidade constitucional à realidade social, através da aplicação interpretativa dos mesmos.

Como a constituição sintética prevê somente matéria constitucional essencial, a disciplina minuciosa dos assuntos é deixado à cargo da legislação ordinária. É claro que isso exige boa vontade do legislador ordinário, senso de responsabilidade e eventual controle externo, em caso de omissão.

A constituição analítica, por outro lado, ostenta a característica da exaustividade do tratamento dos assuntos. Em outras palavras, a constituição analítica, seja qual for o motivo, estabelece em seu texto matérias que poderiam ser deixadas à cargo da legislação comum.

Estas matérias, então, adentram formalmente à constituição, ganhando status de superioridade no ordenamento jurídico. Mas qual a razão do legislador constituinte revestir de garantia constitucional tais matérias?

Paulo Bonavides nos responde essa questão (2008, p.92):

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.

Portanto, o bloco de constitucionalidade formal se faz presente na constituição por razão de precaução e cautela, já que tais matérias não podem ser violadas, por estarem protegidas pelo manto da garantia da supremacia constitucional.

### 2.3.5 Constituição-Garantia, Constituição-Balanço e Constituição-Dirigente

A Constituição-garantia, como o próprio nome nos indica, tem por objetivo garantir direitos, a fim de limitar o arbítrio estatal, a tirania e o abuso de poder.

A Constituição-Balanço foi utilizada na extinta União das repúblicas Socialistas Soviéticas. Como se sabe, a URSS vivia em regime socialista. Entretanto, o socialismo era um meio para se alcançar um fim, qual seja o comunismo.

Dessa forma, a casa estágio de evolução do socialismo uma nova Constituição seria feita, e que descreveria, principalmente, as relações de poder e a organização política estabelecida. Portanto, “[...] cada uma de tais Constituições faria o balanço do novo estágio”. (FERREIRA FILHO, 2005, p.14)

Por sua vez, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição-Dirigente seria (2005, p.14):

[...] a Constituição que estabelecerá um plano para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço*, que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciará um *ideal* a ser concretizado. Esta *Constituição-dirigente* se caracterizará em consequência de *normas pragmáticas* (que para não caírem no vazio reclamarão a chamada inconstitucionalidade por omissão [...]).

Como se depreende, a Constituição-dirigente, por prever normas pragmáticas, pode encontrar desafios quando da sua concretização. São estes os desafios a serem estudados, bem como os métodos de efetivação constitucional.

### 2.3.6 Constituição popular (democrática) e Constituição outorgada

Quanto à origem, as constituições podem ser populares (democrática) ou outorgadas (impostas).

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p.5):

*São promulgadas, também denominadas democráticas ou populares, as Constituições que derivam de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração [...] e constituições outorgadas as elaboradas e estabelecidas sem a participação popular, através de imposição do poder da época [...].*

As constituições populares, então, são elaboradas pelos legítimos representantes dos detentores do poder (povo) e que, escolhidos através de um processo eletivo justo, livre, igualitário e democrático, assumem a função precípua de entregar aos seus eleitores um documento que dignamente os represente e corresponda aos seus anseios.

Como bem salienta Paulo Bonavides (2008, p. 90), “as Constituições populares ou democráticas são aquelas que exprimem em toda a extensão o princípio político e jurídico de que todo governo deve apoiar-se no consentimento dos governados e traduzir a vontade soberana do povo”.

As constituições outorgadas, por outro lado, são aquelas impostas unilateralmente a um determinado povo, geralmente por um poder absoluto. É mister destacar que, qualquer que seja o agente outorgante, não há amparo legítimo do povo para tal forma de arbitrário.

Como exemplo de Constituição outorgada, anti-democrática, temos a Constituição do Império de 1824, que foi imposta aos brasileiros pelo imperador Dom Pedro I.

### 2.3.7 A Constituição Federal de 1988

Quanto ao conteúdo, é uma constituição formal. Por consequência, trata-se de uma constituição analítica porque trata de várias matérias que poderiam estar relegadas à legislação ordinária.

Trata-se, também, de uma Constituição escrita, porque todas as suas normas integram um documento solene. Além disso, trata-se de uma Constituição rígida, já que se exige um processo legislativo solene e dificultoso para sua modificação.

É uma Constituição-garantia, bem como Constituição-dirigente, já que buscou garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, além de prever vários programas, principalmente de cunho social, a serem implantados e observados pela administração governamental.

Por fim, trata-se de uma Constituição promulgada, legitimada pelo apoio popular. Vejamos, agora, os motivos que nos levaram a ter tal tipo de Constituição.

Tudo começou com o golpe militar de 1964, dando início a tempos difíceis e sofridos. Principal exemplo disso é o vil Ato Institucional nº5, instrumento de repressão que, dentre outras barbáries, extinguiu a garantia fundamental do habeas corpus.

Durante mais de 20 anos o Brasil viveu oprimido pelo regime militar, o que culminou no despertar de um sentimento democrático na população brasileira.

Por volta dos anos 80, com o despertar do vigor democrático, o regime totalitário dos militares começou a se findar. Principalmente pela intensidade da luta por eleições diretas justas e democráticas, decorrência do lento processo de abertura política promovido pelo general Geisel, que continuava a se concretizar.

Começara, dessa maneira, a transição efetiva do regime militar totalitarista para o regime democrático. Apesar de algumas derrotas, como a recusa da emenda “Dante de Oliveira” em 1984 pelo Congresso Nacional, o sentimento

democrático se fortalecia a cada momento. O resultado (democracia) era só uma questão de tempo.

Foi então que em 1986, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Moreira Alves, teve a valiosa missão de instalar a Assembléia Nacional Constituinte, da qual os membros legitimamente eleitos para compô-la teriam a honrosa missão de produzir um documento que representasse o ideal democrático a ser alcançado pelo Brasil.

Inaugurando novos tempos para o povo brasileiro, em 5 de outubro de 1988, o presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, promulgou a nova Carta Constitucional. Completava-se, assim, a transição democrática necessária e aguardada por todos os cidadãos brasileiros.

A nova Carta Constitucional de 1988 tem um brilho peculiar. Fruto da experiência anti-democrática vivida pelo país em tempo anterior, a nova ordem constitucional representou o repúdio total à triste história vivida, e permitiu o renascimento do país, garantindo o amanhecer de tempos democráticos.

Para alcançar este ideal democrático, a Constituição Federal apresentou um texto volumoso, fruto da previsão de um extenso, porém não exaustivo, rol de direitos fundamentais, além de minuciosamente descrever os órgãos de poder do Estado, bem como suas limitações e taxativas atribuições, dentre outras matérias.

Vê-se que o constituinte originário optou pela elaboração de uma constituição analítica. E o motivo é bem simples: garantir que as atrocidades cometidas no passado não voltem a se repetir no futuro.

A Constituição, dessa forma, representa uma fortaleza a proteger o Estado Democrático de Direito e os próprios cidadãos contra qualquer ato de tirania. Trata-se, portanto, de uma Constituição garantia.

Além disso, a Constituição Federal anunciou vários programas e ideais a serem alcançados, pela ordem política renovada, em favor dos cidadãos. Observa-se, claramente, o comprometimento da nova ordem constitucional com a efetivação dos direitos dos cidadãos, tendo como um de seus objetivos a construção de uma

sociedade livre, justa, solidária e igualitária, conforme preleciona o seu próprio artigo 3º, inciso I.

Como observa Flávia Piovesan (2009, p. 41):

É a primeira vez, na história constitucional brasileira, que uma carta constitucional, num reconhecimento implícito dos sérios problemas que afligem a sociedade brasileira – pobreza, marginalização, desigualdades sociais e regionais, discriminação ... –, traça metas a serem perseguidas, objetivos fundamentais a serem alcançados.

A Constituição de 1988 também prevê os fundamentos da República Democrática Brasileira já no seu artigo 1º, dentre os quais ocupa posição de destaque a dignidade da pessoa humana. Este fundamento está intimamente atrelado aos direitos fundamentais, já que a razão de existir dos direitos fundamentais é a dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser criados, interpretados e efetivamente aplicados sempre tendo em vista a pessoa humana, resguardada em sua dignidade.

Mas isso não era o bastante, visando proteger todos os seus fundamentos e conquistas, a Constituição se revestiu de uma rigidez capaz de se proteger contra possíveis agressões. Para isso, previu um processo solene a ser observado em caso de modificação, além de um núcleo de matérias essenciais impossível de ser agredido (cláusulas pétreas), previsto no artigo 60, §4º.

Por derradeiro, cumpre afirmar que ao mesmo tempo em que a Constituição ostenta rigidez necessária para proteger suas conquistas e fundamentos, ostenta também abertura suficiente para permitir o processo de transformação constitucional, necessário à manutenção da vida constitucional.

Finalmente, embora nossa Constituição seja dirigente, do tipo garantia, fruto de um novo sentimento democrático, e preveja vários direitos e garantias fundamentais, ela acaba por deixar sua implementação a cargo da legislação ordinária e das políticas executivas. Em outras palavras, embora seja analítica, não esgota a disciplina de todos os temas por ela abordados, relegando ao legislador ordinário e ao executivo a sua completa execução.

Acontece que, na maioria das vezes, os poderes eletivos constituídos não se empenham em concretizar os mandamentos constitucionais, especialmente aqueles que exigem uma intermediação material de tais órgãos, a exemplo das normas que consagram programas a serem paulatinamente desenvolvidos no campo dos direitos sociais.

Nestes casos, a ausência da intermediação material (leis ordinárias, políticas públicas, dentre outros) do Poder Público poderia tornar carente a aplicação da Constituição, caracterizando-se um fenômeno chamado inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, a Constituição é dotada de normatividade máxima, não podendo ser desrespeitada pelos órgãos que ela mesmo institui, caso contrário a supremacia constitucional seria apenas um mito.

Neste cenário, para promover a integral aplicação da Constituição, observa-se uma postura diferenciada do Poder Judiciário que, no exercício de sua função, extrai a máxima efetividade das normas constitucionais.

Este será o objeto de estudo do capítulo seguinte, qual seja, o estudo das normas constitucionais. Demonstrar-se-á que todas as normas que compõem a Carta Magna são dotadas de normatividade máxima e que, por isso, são potencialmente aplicáveis e invariavelmente concretizáveis.

Para isso, estudaremos os três planos normativos (vigência, validade e eficácia), diferenciando-os, demonstrando que toda norma constitucional produz efeitos jurídicos, ainda que não tenha um extenso conteúdo.

Além disso, estudaremos as classificações das normas constitucionais, segundo vários autores, posto que fundamental para o desenvolvimento do trabalho, que se destina a demonstrar a possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais.

### **3 OS TRÊS PLANOS NORMATIVOS DE REFERÊNCIA**

#### **3.1 Considerações acerca da Existência, Validade, Eficácia e Aplicabilidade das Normas**

O presente trabalho se presta ao estudo do controle judicial das omissões inconstitucionais. Para isso, inicialmente teremos que analisar conceitos importantes que estarão diretamente ligados à temática em apreço.

Então, analisaremos a norma no seu plano de existência, validade e eficácia, para desde já modelarmos os contornos iniciais em que o trabalho será sustentado.

Quanto ao plano da existência, analisaremos quando uma norma efetivamente passa a existir no mundo jurídico, e qual a nomenclatura que esta existência jurídica recebe. Além disso, analisaremos, também, as conseqüências geradas no âmbito deste plano.

Quanto ao plano da validade, consideraremos os parâmetros que nos permitem dizer se uma norma, inserida num ordenamento jurídico, é válida ou não. Também consideraremos as conseqüências da constatação da invalidade de uma norma ou um comportamento.

Quanto ao plano da eficácia, nosso principal objetivo é estudar a relação entre eficácia e aplicabilidade de uma norma, demonstrando qual o tipo de interação que há entre elas.

Por fim, analisaremos a relação que os três planos normativos têm como o Poder Constituinte Originário, sendo este um fator potencializador da normatividade máxima da Constituição.

### 3.2 Existência, Vigência e Vigor

No plano da existência, temos que nos indagar, quando uma norma passa a existir no mundo jurídico, isto é, quando é que se pode afirmar que uma norma efetivamente existe?

A resposta a esta pergunta nos será dada pelo procedimento legislativo. É claro que aqui não nos cabe estudar minuciosamente o procedimento de criação de leis, mas pelo menos algumas breves considerações se fazem necessárias.

Por exemplo, o processo de criação de leis ordinárias começa com a apresentação de um projeto de lei ao Poder Legislativo. A essa apresentação dá-se o nome de iniciativa.

Uma vez apresentado o projeto de lei, caberá ao poder legislativo discutir e votar sobre o mesmo. Amadurecidas as discussões, e realizada a votação, o projeto de lei pode ser aprovado ou rejeitado.

Em sendo caso de aprovação, o projeto de lei será encaminhado ao Presidente da República, que poderá decidir por vetar ou sancionar o referido projeto.

Sancionado o projeto de lei, ou derrubado o veto presidencial por parte do Poder Legislativo, parte-se para a última fase do processo legislativo, qual seja a de promulgação e publicação da lei, “sendo que a primeira garante a executoriedade à lei, enquanto a segunda lhe dá notoriedade” (MORAES, 2007, p. 634).

Segundo Alexandre de Moraes (2007, p. 634):

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em consequência, deverá ser cumprida. Assim, a promulgação incide sobre um ato perfeito e acabado, ou seja, sobre a própria lei, constituindo mera atestação da existência da lei e promulgando sua executoriedade.

Veja que o ato de promulgação é um atestado de que uma lei foi criada e que, por isso, deve ser observada. Se o ato de promulgação atesta a criação de uma lei, significa que este ato não é responsável pela sua criação, mas pela simples confirmação de sua existência.

Sendo assim, podemos concluir que o projeto de lei se torna lei quando da sanção presidencial, ou quando da derrubada do veto presidencial pelo Poder Legislativo, dos quais o ato de promulgação é seqüência lógica e necessária.

Em outras palavras, uma lei passa a existir após a sanção presidencial, ou derrubada do veto presidencial pelo Poder Legislativo, servindo o ato de promulgação apenas para atestar esta existência.

É claro que existem algumas espécies normativas que se submetem a outras regras de existência, como a emenda constitucional, que tem sua existência constatada a partir do momento que é aprovada pelo Congresso Nacional, pelo procedimento previsto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

Em relação ao tema da existência das normas jurídicas, não poderíamos deixar de falar em vigência. Para isso, utilizaremos da lição de José Afonso da Silva (2009, p.52):

*Vigência* (do verbo *viger*, do latim *vigere*) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.

Sendo assim, dizer que uma norma existe significa dizer que ela é vigente. Mais do que isso, a vigência não se traduz em qualquer existência, mas numa existência jurídica. Além disso, a vigência faz nascer a qualidade da observância obrigatória da norma, qual seja o vigor.

Note que quando uma norma é promulgada e publicada, ela pode ter vigência imediata, vinculando e obrigando a todos desde já. Neste caso, ela não só existe juridicamente, como também está em pleno vigor, obrigando a todos a se orientarem segundo seus comandos.

A partir do momento que uma norma é vigente, ela tem o condão de revogar eventual norma anterior, que trate diversamente do mesmo assunto que ela disciplina. Assim, a norma anterior dá lugar, no ordenamento jurídico, a uma nova existência jurídica.

Entretanto, é possível que a própria lei preveja que somente começará a vigor após o transcurso de um determinado período de tempo. Trata-se do fenômeno conhecido como *vacatio legis*, que é “[...] período que vai da publicação do ato promulgatório até a efetiva entrada da lei em vigor [...]” (SILVA, 2009, p.53).

Note que neste período a lei já existe juridicamente, porque já foi aprovada, sancionada e até mesmo promulgada. Entretanto, não se pode afirmar que exista juridicamente em sua plenitude, pelo fato de sua juridicidade estar impedida<sup>4</sup>. Prova disso é que, neste momento [período vacante], ela ainda não é de observância obrigatória.

Por não ter juridicidade plena, e por não ser obrigatória, a lei em *vacatio legis* ainda não tem força necessária para revogar eventual norma anterior a ela. Isto é, a norma em *vacatio legis* ainda não tem forças para afastar a existência jurídica da norma anterior.

Portanto, embora a lei já exista juridicamente, encontra-se impedida de exercer sua juridicidade durante todo o período de vacância, caso em que, esgotado este tempo, tal impedimento desaparecerá, ganhando, a norma, juridicidade plena, a qual revelará o seu vigor (obrigatoriedade), revogando, também, eventual norma anterior a ela.

Bem salienta Maria Helena Diniz que (2005, p. 53-54):

[...] Com o término da *vacatio* ter-se-á o início da obrigatoriedade da lei nova. Mesmo depois de publicada, a lei só adquirirá real obrigatoriedade, ou melhor, apenas terá autoridade após o decurso do período da *vacatio legis*. Portanto, para que a lei tenha completa autoridade imperativa, desenvolvendo força obrigatória adquirida, precisará aguardar o prazo fixado para sua entrada em vigor. Logo, o transcurso da *vacatio legis* é o

---

<sup>4</sup>A norma em “*vacatio legis*” está com sua juridicidade impedida porque uma outra norma ainda está vigendo e vigorando neste período temporal. Ora, duas existências jurídicas de mesma natureza, se antagônicas, não conseguem viver em harmonia, mas em conflito. Disso decorre o raciocínio de que se a norma em “*vacatio legis*” ostentasse plena juridicidade, ela disputaria sua existência jurídica com outra norma, em que fatalmente uma delas teria que ceder lugar à outra, isto é, deixar de existir.

complemento da publicação, imprescindível para que a lei faça atuar sua autoridade. Antes do decurso da *vacatio* a lei nova não terá efetiva força obrigatória nem autoridade imperativa, mesmo que promulgada e publicada, por ainda estar em vigor a lei antiga. [...]

Observa-se, então, que a vigência é o aspecto temporal, o período referente à existência jurídica da lei, ao passo que o vigor é a qualidade da norma de submeter a todos ao seu império.

Com efeito, segundo a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 65), “[...] o vigor (também chamado de ‘força normativa’) diz respeito à força vinculante da norma, isto é, à *impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se ao seu império*”.

Note que o vigor de uma norma está conectado ao período de sua vigência (aspecto temporal da norma), já que uma norma só é obrigatória a partir do momento, e durante o momento, que existe juridicamente. Tanto é verdade que a norma continua vigorando em relação às situações ocorridas ao tempo em que estava vigente, ainda que esteja revogada.

Como salienta Maria Helena Diniz (2005, p. 50):

É preciso não olvidar, ainda, que uma norma não mais vigente, por ter sido revogada, poderá continuar vinculante, tendo *vigor* para casos anteriores à sua revogação, produzindo seus efeitos, ante o fato de que se deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI; LICC, art. 6º, § § 1º a 3º) [...].

Então, note que todos estes atos que foram praticados sob a égide da lei antiga deverão, em regra, ser respeitados, não podendo ser desconstituídos pela imperatividade da nova lei. Isso porque embora a lei não mais exista, as relações jurídicas praticadas sob a sua vigência são regidas pelos efeitos que dela decorreram.

### **3.2.1 Conseqüências decorrentes da vigência normativa**

Cumpre-nos, agora, fazer algumas breves considerações acerca das conseqüências que decorrem da existência jurídica das normas, isto é, do seu plano de existência.

A principal conseqüência que uma existência jurídica normativa pode gerar é justamente a revogação de outra existência jurídica, de mesma natureza que a sua, que com ela conflite. Com efeito, segundo preleciona Maria Helena Diniz (2005, p. 67) “revogar é tornar sem efeito uma norma, retirando a sua obrigatoriedade. Revogação é um termo genérico, que indica a idéia da cessação da existência da norma obrigatória”.

Portanto, revogação significa dizer que uma norma afastou a existência jurídica de outra, impondo-se, a partir daí, no ordenamento jurídico, como obrigatória. Sendo assim, revogar não significa que uma norma ceifará a validade de outra, nem que uma norma anulará os efeitos da outra, já que o fenômeno da revogação se opera no plano da existência.

Em outras palavras, a revogação não se opera no plano da validade, e muito menos no da eficácia, até mesmo porque, como já vimos, uma norma pode não mais ser vigente, mas ainda irradiar efeitos em relação aos casos acontecidos ao seu tempo.

### **3.2.2 Existência, vigência e vigor constitucional**

Podemos afirmar que uma Constituição existe legitimamente quando aprovada por uma Assembléia Nacional Constituinte, ou qualquer outro órgão, ou forma, que represente um poder constituinte originário, desde que este órgão seja formado por membros legitimamente eleitos, pelos cidadãos, para este fim.

Da mesma forma que as leis em geral, a Constituição também “contém uma cláusula de vigência; cláusula que determina o momento em que ela começará a vigorar e, com isso, tornar-se apta a produzir os efeitos próprios de seu conteúdo” (SILVA, 2009, p. 53). Ao período de vacância constitucional dá-se o nome de *vacatio constitutionis* ou *vacatio legis constitutionalis*.

Neste período de vacância constitucional, “a constituição não regula nada; embora já exista, não existe juridicamente em sua totalidade, porque, praticamente, só atua o dispositivo que marcou o momento de sua entrada em vigor” (SILVA, 2009, p. 54).

Portanto, à Constituição também se aplica os conceitos de existência, vigência, vigor e, conseqüentemente, revogação. E, por ser a lei máxima de uma ordem jurídica, seus aspectos (existência, vigência e vigor) terão importância maior, já que eles irão projetar sua relevância sobre todo o ordenamento jurídico.

Por exemplo, como veremos adiante (no tópico da eficácia), o vigor da Constituição é pressuposto da sua aptidão de produzir efeitos jurídicos, já que da sua normatividade máxima decorre a obrigatoriedade da aplicação de seus preceitos.

Note, então, que o vigor da Constituição tem grande importância neste trabalho, já que este terá como base a análise da possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais, com fundamento na supremacia constitucional, como forma de garantir a aplicação dos preceitos constitucionais por aqueles que o devem fazer.

### **3.3 Validade**

A validade também é uma qualidade da norma, qualidade esta de ser compatível com o ordenamento jurídico do qual faz parte, tanto no aspecto legal quanto no aspecto constitucional.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho (2002, p. 61):

O descumprimento das regras de validade importará no reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade (a depender do âmbito em que foi fixada a premissa validante) da norma estabelecida, considerando-a não pertinente ao sistema.

Vê-se que, enquanto a vigência se traduz pelo tempo de existência jurídica da norma, e o vigor pela sua força obrigatória, a validade é pressuposto de compatibilidade da norma com o sistema jurídico na qual está inserida.

A estrutura de análise da validade da norma decorre do sistema escalonado criado por Hans Kelsen, já tratado em oportunidade anterior. Segundo este sistema, uma norma retira validade de outra superior a ela, que se segue numa escala ascendente de validade, cujo pressuposto último é a Constituição.

Sendo assim, uma norma, para ser válida, tem que encontrar fundamento numa norma imediatamente superior. Se o teste de validade for positivo, significa que a norma não é somente compatível com a norma que lhe é superior, mas também com a própria Constituição, já que esta é o fundamento de validade último da ordem jurídica estabelecida.

Neste sentido é a lição de Flávia Piovesan (2003, p. 55):

A validade é um conceito relacional, ou seja, norma válida é aquela que está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido à luz de um sistema normativo escalonado, que se apresenta como norma jurídica positiva suprema à Constituição [...].

Portanto, o pressuposto a ser tomado para constatação da validade de qualquer norma integrante do sistema jurídico é sempre a conformidade ou não com a Constituição. Neste sentido, a desconformidade com o texto maior revelará a invalidade da norma infraconstitucional.

Uma questão tormentosa que passaremos a tratar agora é: uma norma vigente, ou com juridicidade impedida, pode ser inválida? Em outras palavras, é possível que uma norma inválida exista juridicamente e seja obrigatória?

Entendemos que sim, já que o plano de existência não se confunde com o plano de validade, que, por conseqüência, não se confunde com o plano de eficácia da norma<sup>5</sup>.

Sendo assim, uma norma que já existe juridicamente (vigente), pode ser inválida, pois incompatível com a Constituição. Isso acontece quando, no processo legislativo, não se observa que a matéria, objeto da lei, contraria a Constituição, ou se acredita que tal matéria não a contraria, seguindo-se até a promulgação e publicação da lei.

É claro que, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal pode realizar o controle concentrado de constitucionalidade<sup>6</sup> da lei vigente. Neste caso, o Pretório Excelso irá expurgar a norma do ordenamento jurídico, dando, em regra, eficácia *ex tunc* (retroativa) à sua decisão.

Em razão da eficácia *ex tunc*, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem força de restabelecer a normalidade constitucional, fazendo a situação violada retornar ao estado *quo ante*, isto é, ao estado de coisas anterior aos malefícios provocados pela lei inconstitucional.

Veja bem, a norma, embora inconstitucional, existiu, era de observância obrigatória, e produziu efeitos, até ser banida do ordenamento jurídico. Sendo assim, ela teve existência jurídica, esboçou vigor jurídico e também foi eficaz juridicamente, embora de forma inválida.

Então, o restabelecimento da normalidade constitucional não se deu pelo reconhecimento da inexistência da norma, mas pelo reconhecimento de sua existência incompatível com a Constituição.

---

<sup>5</sup>Note que, muito embora se defenda que o plano de existência, validade e eficácia de uma norma são independentes, isso não quer dizer que não se relacionam/comunicam. Até mesmo porque não há muito sentido em falar sobre validade se a norma não é vigente, ou sobre eficácia se a norma não está em vigor, e assim por diante. Em outras palavras, ainda que estes planos sejam independentes, eles devem concorrer para que a norma alcance a plenitude jurídica.

<sup>6</sup>O controle concentrado de constitucionalidade é uma das espécies de controle repressivo de constitucionalidade. No controle repressivo, a norma já existe, e busca-se a declaração de sua inconstitucionalidade. Sendo assim, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p. 36), tal controle se opera depois do aperfeiçoamento da lei, isto é, depois de promulgada.

Ora, não se pode afirmar que uma norma inconstitucional (inválida) nunca existiu, até mesmo porque foi a sua existência que ensejou a análise de sua validade, gerando o controle de constitucionalidade.

Portanto, a norma jurídica inválida existiu, mas teve a sua existência desconstituída pelo efeito *ex tunc* da decisão do Supremo Tribunal Federal, que a anulou, bem como anulou todas as conseqüências que dela decorreram.

Segundo salienta Alexandre de Moraes, em relação ao controle concentrado de constitucionalidade (2007, p. 729):

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ext tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo, desde a sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos *ex tunc*). [...]

Da mesma forma que uma lei vigente pode ser inválida, uma norma que ainda não foi criada também pode o ser. É o caso do projeto de lei, eivado de inconstitucionalidade, que é atacado já na sua formação pelo controle preventivo de constitucionalidade<sup>7</sup>.

Não vamos mais nos alongar neste assunto, porque com a explanação feita já podemos concluir o almejado. Com base no exposto, corroboramos a afirmação, anteriormente feita, de que a análise da validade de uma norma independe de sua existência, e vice-versa.

Tanto é verdade que uma norma que nem mesmo existe pode ser considerada inválida, através do controle preventivo de constitucionalidade, caso esteja em processo de criação; ou através de um juízo de cognição valorativo, tomando-se por base o conteúdo que se encerraria nela (invalidade por projeção, ou por ficção).

---

<sup>7</sup>O controle preventivo de constitucionalidade, ao contrário do concentrado, visa impedir que uma norma inconstitucional exista. Dessa forma, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2005, p.36), tal controle se opera antes do aperfeiçoamento da lei, isto é, antes que seja promulgada.

Portanto, uma norma existente pode ser válida ou inválida, ao passo que uma norma que ainda não existe juridicamente pode ser, também, válida ou inválida. A diferença é que no primeiro caso a análise da validade é pressuposto para continuidade da existência da norma, ao passo que no segundo caso a análise da validade *pode*<sup>8</sup> ser pressuposto autorizador da própria existência da norma.

Como adotamos o sistema de verificação de validade criado por Kelsen, uma importante observação se faz presente em relação à existência e validade de uma norma. Kelsen, em sua obra, não trata a existência jurídica da norma pelo termo “vigência”, mas sim pelo termo “validade”. Segundo José Afonso da Silva (nota de rodapé nº29, 2009, p.52):

[...] Na doutrina de Kelsen a ‘vigência’ é mais do que a simples existência da norma. É existência com validade. E a palavra que melhor traduz essa idéia é ‘validez’, algo que existe com valor, enquanto a palavra ‘validade’ se reserva para uma relação de fundamento para o fundamento, no sentido de que a norma vale enquanto se conforma com um fundamento de validade, seja uma norma superior, seja um fundamento metajurídico. Na doutrina de Kelsen, pois, não há norma vigente sem validade. Não basta que ela exista, para ser vigente. [...]

Superado este último ponto, cabe agora tecer algumas considerações acerca da validade das normas constitucionais.

### 3.3.1 Espécies de invalidade

Cumpre-nos, agora, fazer algumas breves considerações acerca das conseqüências que decorrem da constatação da (in)validade das normas. E como dito anteriormente, o pressuposto a ser tomado em consideração para tal análise é a Constituição.

---

<sup>8</sup>A validade pode ser pressuposto de início da própria existência da norma, porque a norma, ainda em processo de criação, pode ser submetida ao controle preventivo de constitucionalidade. Neste caso, se a norma for considerada inválida, então sua existência jurídica estará comprometida.

Como já dito exaustivamente, a partir do momento que a Constituição existe juridicamente, e passa a ser obrigatória, torna-se o fundamento de validade último da ordem jurídica, pelo fato de que ocupa posição de *Lex Mater*. Sendo assim, todas as normas que a contrariam são consideradas inválidas.

A invalidade, decorrente do choque das leis infraconstitucionais com os preceitos constitucionais, é gênero. Este gênero comporta duas espécies, quais sejam a não recepção e a inconstitucionalidade da norma conflitante.

A não recepção é o vício da invalidade que atinge as normas, ou atos, que são anteriores à Constituição, e que com ela conflitam. Com efeito, não há espaço na nova ordem jurídica para normas que não partilham do seu novo fundamento de validade. Sendo assim, a Constituição não recepciona tais normas ao novo sistema jurídico, por ela comandado.

A inconstitucionalidade, por sua vez, é o vício da invalidade que atinge as normas, ou atos, que são posteriores à Constituição, e que com ela conflitam. Com efeito, a Constituição não pode ficar indiferente às normas que adentrem ao seu domínio sistêmico-normativo, e que com ela colidam. Sendo assim, a Constituição expurga tais normas do sistema jurídico, por ela comandado.

Ora, como a Constituição é pressuposto de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, disto decorre, necessária e logicamente, que ela também é pressuposto de validade das normas que ainda não foram criadas. Assim, deve a legislação futura se orientar de acordo com seus preceitos, sob pena de inconstitucionalidade.

Observa-se, então, que a Constituição é dotada de um poder de constrangimento compatibilizador, que nada mais é que a capacidade que a Norma Máxima tem de compelir a aqueles que produzem a legislação a não se furtarem ao seu mandamento imperativo.

Em outras palavras, este poder de constrangimento compatibilizador impõe a necessidade de adequação de qualquer norma infraconstitucional, ou comportamento dos Poderes Públicos, aos preceitos constitucionais, sob pena de invalidade.

Assim, quando a Constituição *manda* que algo (lei, comportamento, etc.) seja feito de determinada maneira, e essa ordem é descumprida, seja porque nada foi feito, seja porque foi feito de forma contrária, ou de modo insuficiente à ordem constitucional, incorre-se em flagrante inconstitucionalidade. E esta invalidade é passível de correção, por parte da Constituição, através de seu poder de constrangimento compatibilizador.

Portanto, qualquer norma infraconstitucional que conflite com a Constituição, se anterior, não será recepcionada; e, se posterior, será considerada inconstitucional, padecendo, em ambos os casos, do vício da invalidade.

### **3.3.2 O fundamento de validade da Constituição**

Como vimos anteriormente, a validade é a qualidade que uma norma tem de ser compatível com a unidade do ordenamento jurídico que integra. E o que mantém a unidade e representa o fundamento de validade do ordenamento jurídico é a Constituição, fazendo com que todas as normas que com ela colidam sejam inconstitucionais.

Sendo assim, se a Constituição é a Lei Máxima de uma ordem jurídica, de onde ela extrai o seu fundamento de validade? Com referência em quê ela deve ser criada para que seja legítima?

Segundo a teoria pura do Direito de Hans Kelsen (1996, p.136), a Constituição concreta (posta) extrai seu fundamento de validade da *Grundnorm*, norma hipotética fundamental, que é pressuposta.

Sendo assim, pela teoria de Hans Kelsen, o pressuposto lógico de validade de uma ordem constitucional concreta seria a norma fundamental hipotética, que por ser pressuposta condicionaria também os agentes do poder na criação de tais normas, segundo os seus fundamentos lógicos transcendentais de validade.

Como se vê, não há possibilidade de existência de um poder criador e transformador da Constituição distintamente desvinculado do campo de abrangência desta norma pressuposta, já que o poder funcionaria como mero porta-voz daquela, caso contrário seria apenas um meio de dominação.

Dessa forma, “o erro está em conceber o *poder* como mera situação fática, confundido com a força” (SILVA, 2009, p. 57). Em outras palavras, Kelsen não reconhece a legitimidade autônoma do poder no processo de criação da Constituição.

Segundo o ensinamento de José Afonso da Silva (2009, p. 57-58):

Ora, o poder interfere continuamente na formulação das normas jurídicas. Dele parte a decisão definidora de uma das vias normativas possíveis conaturais da contextura social. Mas as normas constitucionais, por serem informadoras e condicionadoras da ordem jurídica total, surgem da decisão de um poder especial dimanado da própria soberania do povo, e é o *poder constituinte*, enquanto as demais normas inferiores, condicionadas, surgem da decisão dos *poderes constituídos* e derivados. Estas últimas têm sua validade fundada nos ditames das regras constitucionais, e estas são legítimas na medida em que a decisão promane de um titular legítimo do poder constituinte.

E continua (2009, p. 58):

Quando se trata de estabelecer uma constituição nova, a decisão provém de um *poder constituinte originário*, não limitado juridicamente; se, no entanto, se cuida de modificar uma constituição existente, a decisão, para tanto, pode ser atribuída à própria legislatura ordinária, revestida, então, do poder de reformar ou emendá-la. Nos Estados Democráticos o poder constituinte pertence ao povo. Aliás, sempre pertence ao povo; e, se uma constituição vem de outra fonte, é que ocorreu usurpação. Só o povo é legítimo para determinar, por si ou por seus representantes, o estabelecimento de uma constituição, ou para reformá-la nos limites por ela mesma estatuídos.

Sendo assim, uma Constituição será juridicamente válida se emanar do povo, legítimo detentor do poder soberano, e corresponder às expectativas sociais predominantes ao tempo de sua criação.

Por fim, com propriedade, José Afonso da Silva observa que (2009, p. 59):

[...] há alguns princípios universalmente aceitos, decorrentes dos sistemas normativos existentes e predominantes, que orientam a questão de legitimidade das constituições [...]. Com base neles é possível concluir pela ilegitimidade de uma constituição ainda que ela esteja sendo obedecida, cumprida e aplicada. Pois para isso pode ser que a força arbitrária é que a sustente.

Sendo assim, embora se afirme que uma constituição só é válida juridicamente enquanto emane de uma autoridade constituinte instituída pelo povo, também se reconhece que esta autoridade deve se guiar por alguns princípios universais, estampados em outras ordens constitucionais também legítimas.

### 3.4 Eficácia

A eficácia é o terceiro plano de referência normativa. A eficácia se traduz na aptidão da norma em produzir efeitos, isto é, trata-se da capacidade que a norma vigente tem de produzir efeitos jurídicos.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 62), “[...] a *eficácia* é a qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos”.

A eficácia pode ser dividida em dois tipos: eficácia social e eficácia jurídica.

A eficácia social se refere ao cumprimento da norma por parte de seus destinatários (sociedade como um todo). Utilizando os termos de Hans Kelsen, a norma somente teria eficácia social a partir do momento que todos se orientem de acordo com o dever ser que ela representa.

Importante salientar que posição diversa é defendida por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 62), já que estes estudiosos entendem que

eficácia social refere-se à capacidade de produção concreta de efeitos da norma, desde que presentes as condições fáticas exigíveis para seu cumprimento.

A eficácia (2002, p.63) não poderia ser confundida com a efetiva observância da norma, porque sempre será possível a imposição coercitiva de uma norma vigente, por Parte do Poder Judiciário, aos seus destinatários.

Em que pese o entendimento divergente, nos filiamos ao pensamento de que a eficácia social se refere à efetiva observância da norma pelos seus destinatários, já que ainda que presentes as condições fáticas necessárias à sua aplicação, a norma poderia ser socialmente descumprida. E, ainda que sua observância possa ser imposta, isso decorre da necessidade imperativa do direito, e não da vontade da sociedade.

A eficácia jurídica, por sua vez, é a capacidade da norma em produzir os efeitos jurídicos para os quais ela foi criada. Neste sentido, “a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” (SILVA, 2009, p. 66).

Como se vê, então, é a eficácia jurídica que permite a possibilidade de aplicação (aplicabilidade) da norma jurídica. Mas este ponto será tratado posteriormente.

Em relação à eficácia, pondera Maria Helena Diniz (2005, p. 51):

*A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, que conduziria ao seu sucesso.*

Sendo assim, uma norma é eficaz a partir do momento em que se permite adequar às novas realidades e valores sociais, mantendo-se renovada no seu aspecto regulamentar, ao produzir efeitos jurídicos e continuar aplicável.

### 3.4.1 Eficácia Constitucional

A Constituição, assim como as outras normas, também pode ser analisada segundo o plano da eficácia. Como vimos anteriormente, para que uma norma revele sua aptidão em produzir efeitos jurídicos, ela deve estar em pleno vigor. Note-se, entretanto, que eficácia não se confunde com vigor.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p.52):

[...] para que a eficácia se verifique é necessário que a norma comece a vigorar. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que a plenitude desta, tratando-se de norma constitucional, não raro, dependa de outras normas integrativas [...].

Portanto, a vigência é condição necessária para que uma norma possa demonstrar aptidão em produzir seus efeitos (eficácia). Em outras palavras, “*vigência temporal* é uma qualidade da norma atinente ao tempo de sua atuação, podendo ser invocada para produzir efeitos” (DINIZ, 2006, p.395).

Note também que, como se trata da norma máxima, o plano da eficácia, assim como os demais (vigência e validade), se superdimensiona. Ora, a Constituição, como sendo o ápice da cadeia normativa, projeta uma importância muito grande sobre todo o ordenamento jurídico e também sobre a sociedade, que vê na Constituição um instrumento assecuratório de Direitos.

Sendo assim, a Constituição, se não o tem, deveria ter plena eficácia jurídica, isto é, como norma máxima regulamentadora, deveria ser capaz de, por si só, produzir todos os efeitos jurídicos por ela pretendidos, seja por via direta (previsão expressa), seja por via indireta (como, por exemplo, inferência principiológica).

Uma Constituição, destituída de eficácia, teria sua aplicabilidade comprometida, o que prejudicaria a concretização de sua atuação transformadora e protetiva, tornando-se deficiente.

Portanto, é de vital importância que uma Constituição tenha capacidade de produzir efeitos, caso contrário poderia ser utilizada como mera carta de intenções, situação em que sua finalidade seria desvirtuada, transformando-se, dessa forma, em instrumento de justificação das injustiças e da própria omissão inconstitucional.

### **3.4.2 As três classes de efeitos jurídicos**

Levando-se em consideração que o plano da eficácia está afeto aos efeitos jurídicos que a norma pode produzir, cumpre salientar a existência de, pelo menos, três classes de efeitos jurídicos, que decorrem dos três planos normativos.

Isto é, embora os efeitos jurídicos se exteriorizem no plano da eficácia, alguns deles decorrem, necessária e logicamente, dos outros planos normativos, quais sejam o da existência e validade, sendo somente outros deles inerentes, propriamente, ao plano da eficácia, entendida como medida de aplicabilidade de uma norma.

Assim, todos os planos normativos exalam efeitos jurídicos, mas estes efeitos são diferentes entre si, não podendo ser confundidos, até mesmo porque os planos de referência normativos, dos quais decorrem, são independentes uns dos outros.

Os efeitos jurídicos que decorrem do plano da existência se operam no mundo do direito. São efeitos, principalmente, inter-normativos, cujo principal exemplo é o fenômeno jurídico da revogação.

Quando uma norma existe juridicamente, isto é, é vigente, da sua existência jurídica [juridicidade plena] decorre, necessária e logicamente, o efeito de revogar qualquer legislação anterior que seja de mesma hierarquia que ela e trate de mesmo assunto, só que de forma diversa.

Assim também o é com a Constituição. Ora, a partir do momento que a Norma Máxima existe juridicamente, dela decorre o efeito jurídico da revogação da ordem constitucional anterior.

Portanto, a revogação decorre de um conflito de natureza existencial entre a norma revogadora e a norma revogada, em que a primeira afasta a existência jurídica da segunda.

É de ressaltar que, embora seja um fenômeno que se opere no mundo do direito, isto é, provoca alteração no mundo jurídico, a revogação tem repercussão prática, na medida em que afasta a existência jurídica da norma anterior e determina a aplicação de seus preceitos em relação às situações a que regula.

Por outro lado, a partir da existência de uma nova Constituição, esta passa a ser o pressuposto de validade do sistema jurídico, tornando inválida toda e qualquer norma anterior, ou posterior, que com ela conflite.

Portanto, este é o efeito jurídico que decorre do plano da validade constitucional irradiante que orienta o sistema jurídico, qual seja a invalidade (não recepção) de toda legislação, ou comportamento, anterior incompatível com suas determinações, bem como a invalidade (inconstitucionalidade) de toda legislação, ou comportamento, posterior que desobedeça a suas imposições.

Nota-se que os efeitos jurídicos que decorrem do plano da validade também se operam no mundo do direito, já que o reconhecimento da invalidade de uma norma faz com que ela se torne um corpo estranho ao ordenamento jurídico no qual está inserida.

É por isso que este efeito de invalidade também tem repercussões no mundo do ser, já que, reconhecida a invalidade, a norma terá sua existência desconstituída, bem como qualquer efeito de aplicação que dela decorreu e que tenha sido efetivamente cumprido.

Por fim, quando uma norma jurídica é criada, ela pode ou não, por si só, produzir efeitos jurídicos capazes de permitir que seja efetivamente aplicada no mundo do ser. Em outras palavras, como a norma jurídica regula a vida em sociedade, espera-se que os efeitos jurídicos, para a qual foi criada, possam ser aplicados concretamente, modificando-se a realidade.

Note que é este efeito jurídico que está diretamente ligado à aplicabilidade das normas, já que é este efeito que permite a aplicação concreta da norma. Sendo assim, se a norma não tem, ao menos, possibilidade de produzir tais efeitos, sua aplicabilidade restará comprometida, não podendo influir na realidade concreta.

Então, é este o efeito jurídico que decorre, propriamente, do plano da eficácia das normas, qual seja, o efeito que possibilita a sua aplicação, chamado, neste trabalho, de efeito de aplicação.

Dessa forma, se os efeitos jurídicos que permitem a aplicabilidade das normas são somente estes últimos, somente estes devem ser levados em consideração quando da análise da extensão da possibilidade de aplicabilidade das normas, já que se trata do pressuposto necessário para tanto.

Portanto, embora todos estes efeitos pertençam ao plano da eficácia da norma, são os efeitos de aplicação que lhe são característicos por excelência, ao considerá-la como medida de aplicabilidade, já que estes são os efeitos especialmente criados para influírem no mundo concreto.

Em outras palavras, quando se fala que a aplicabilidade de uma norma é medida por sua eficácia, na verdade está se tomando como pressuposto somente os efeitos jurídicos de aplicação, já que os outros efeitos se operam independentemente da capacidade da norma em alterar a realidade social.

Luiz Alberto David Araujo trata, em sua obra, brevemente sobre a matéria. Tem-se sua lição (2006, p. 18-19):

A eficácia jurídica das normas constitucionais conhece, por sua vez, dois níveis de manifestação: o sintático e o semântico. Aquele diz respeito às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais. Este, ao predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular. A norma constitucional, quando menos, possui eficácia sintática, gerando a inconstitucionalidade de todos os atos normativos infraconstitucionais incompatíveis com ela, condicionando a interpretação do direito infraconstitucional, revogando os atos normativos a ela anteriores e com ela incompatíveis e, por fim, servindo de limite para a interpretação das demais normas constitucionais que com ela venham a se chocar.

Veja, então, que Luiz Alberto David Araujo diz que a eficácia da norma constitucional se manifesta em dois níveis: o sintático e o semântico. O nível sintático corresponde à relação que a norma constitucional tem com as demais normas do ordenamento jurídico, isto é, trata-se de uma relação de subordinação, de obediência. Por sua vez, o semântico corresponde à capacidade que a norma tem de gerar concretamente o efeito para qual foi criada, isto é, de gerar efetivamente o direito a quem seu texto prescreve.

O efeito sintático corresponderia, na nossa análise, aos efeitos que decorrem do plano da existência e da validade da norma constitucional, já que tal efeito é responsável por tornar não recepcionados os atos anteriores à Constituição, tornar inconstitucionais os atos posteriores a ela, e condicionar a interpretação decorrente do choque de valores constitucionais, bem como a interpretação de toda legislação infraconstitucional segundo os parâmetros da Constituição.

O efeito semântico, por sua vez, corresponderia, na nossa análise, aos efeitos de aplicação [concreta], necessários à aplicabilidade da norma. Isto porque, tal efeito é responsável por permitir a geração concreta do direito ao destinatário pretendido pela norma. Em outras palavras, tal efeito é responsável por permitir que a norma efetivamente altere o mundo do ser, através de sua aplicação.

### **3.5 Aplicabilidade**

A aplicabilidade é um instituto intimamente relacionado à eficácia. Isto porque, somente ante a possibilidade produção de efeitos jurídicos realizáveis concretamente (efeitos de aplicação) é que a norma poderá ser aplicada, e efetivamente conceder os direitos por ela previstos.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 60):

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.

Veja, então, que o fator determinante da aplicação da norma é que a mesma seja eficaz, porque se a norma não tem como produzir efeitos, não há possibilidade de aplicação concreta.

E continua (2009, p.60):

Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.

Sendo assim, a aplicabilidade de uma norma está conectada com a sua eficácia. Isso porque se uma norma vigente não é capaz de produzir efeitos jurídicos, então sua aplicabilidade restará comprometida, já que o que se deveria aplicar (efeito), não existe e não há como ser produzido, ou, pelo menos, não imediatamente.

Portanto, aplicabilidade é o meio através do qual a eficácia opera. Em outras palavras a aplicabilidade da norma é responsável pela materialização, no mundo do ser, dos efeitos por ela previstos.

Note então que, da mesma forma que somente pode se falar em vigor se uma norma está vigente, somente se pode falar em aplicação se uma norma é eficaz. Dessa forma, se a norma não possui eficácia, sua aplicação concreta restará comprometida.

Passaremos, a seguir, a estudar a aplicabilidade constitucional. As noções apresentadas serão muito importantes para o desenvolvimento do trabalho, porque mesmo que a norma não tenha eficácia plena, tentaremos buscar soluções para a aplicação da norma.

### 3.5.1 Aplicabilidade constitucional

Como já dissemos anteriormente, o ideal é que uma Constituição, como instância reguladora máxima, tenha eficácia jurídica plena. Desta eficácia plena decorre, também, a aplicabilidade plena das normas constitucionais.

Isto significa dizer que se uma Constituição tivesse eficácia e aplicabilidade plenas, todos os efeitos jurídicos por ela pretendidos seriam concretizados faticamente.

Entretanto, esta é uma situação ideal que não se observa hoje. Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 93):

[...] Não se pode esquecer que, em que pese o direito existir para realizar-se, isto depende da capacidade de aplicação de suas normas, pois a norma só pode ser aplicada se estiver apta para incidir, e as normas constitucionais, espécie do gênero normas jurídicas, não fogem à necessidade da aptidão para que possam realizar-se no mundo fenomênico, o que depende do modo como regula a matéria de que trata.

Assim, embora a Constituição seja a norma máxima de uma ordem normativa, seus preceitos também se submetem à análise da aptidão de produção de efeitos, para que possa ser efetivamente aplicada.

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 100):

Importa fixar que é da análise do preceito constitucional que o intérprete pode concluir sobre a sua capacidade de aplicação, vale dizer, se o comando contido na norma é completo, se sua eficácia é plena, e incide diretamente sobre a matéria que lhe serve de objeto, ou, ao contrário, se para sua aplicação necessita da elaboração de outras normas (ordinárias ou complementares), que completem o seu alcance e o seu sentido.

Dessa forma, a análise da aplicabilidade vai ser feita de acordo com a estrutura normativa do preceito posto sob análise. Se a estrutura normativa é completa, ou suficientemente completa, o preceito é aplicável, ao passo que se a

estrutura normativa é insuficiente, o preceito deve ser complementado para que possa ser aplicado.

Sendo assim, muitas normas constitucionais não possuem eficácia plena, isto é, não são capazes de produzir, por si só, efeitos jurídicos; por conseqüência, sua aplicabilidade fica comprometida.

O comprometimento da aplicabilidade constitucional é de causar preocupação. Principalmente porque a Constituição representa os anseios de toda uma nação, e a deficiência na sua aplicação significa que os objetivos para qual foi criada não estão sendo legitimamente cumpridos por quem o deveria fazer.

Dessa forma, o comprometimento de aplicabilidade constitucional, muitas vezes, é causado pelos próprios agentes que ocupam o poder, já que deveriam se orientar da forma como manda a Constituição, mas acabam por se orientar de outra, a propósito ilegítima.

Soma-se a isso o fato de que a própria Constituição regula determinadas matérias de forma mediata, isto é, algumas de suas normas, para que possam ser aplicadas, dependem da existência de outra norma.

Conforme Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 97):

Nem todas as normas que integram uma Constituição são passíveis de incidir diretamente sobre a realidade de que tratam. Muitas só poderão ser aplicadas, no sentido de sua execução plena, quando da interposição de uma outra norma, genérica e abstrata, entre o que enuncia e a concretização por ela visada. Esta aptidão para atuar depende do modo como a norma regula a matéria, ou seja, a plena incidência normativa está condicionada pela forma em que regula a respectiva matéria.

Ora, a existência desta norma regulamentadora depende da boa vontade daquele que ocupa o poder em criá-la. Isso significa que, a princípio, se a legislação regulamentadora não vier a ser criada, a Constituição não poderá ser aplicada em sua plenitude.

Entretanto, a Constituição, dotada de normatividade máxima, não pode se deixar violar, ela deve se afirmar perante as ações ou omissões ilegítimas que contra ela agem. E a Constituição exercerá esta postura através daqueles que estão

dispostos a fazer com que seja cumprida, observada e efetivamente aplicada. No nosso estudo, abordaremos a postura judicial inovadora como solução à concretização das normas constitucionais.

Portanto, a aplicabilidade das normas constitucionais é um assunto de suma importância, o que fez com que vários estudiosos do direito se propusessem a estudá-lo. Sendo assim, no próximo capítulo, abordaremos os principais estudos realizados.

### **3.6 A relação entre o Poder Constituinte e os Três Planos Normativos**

Não poderíamos avançar, sem antes tecermos algumas considerações acerca dos limites e das possibilidades do poder constituinte originário e reformador, que serão de grande valia ao presente trabalho.

Quando da formação da Constituição, o poder constituinte originário assume sua expressão máxima, já que ele representa a pureza das intenções da população, que serão canalizadas na formação da nova ordem jurídica constitucional.

Nota-se, dessa forma, que o Poder Constituinte Originário se manifesta na vontade dos seus titulares (povo), dando ensejo à instrumentalização das normas jurídicas, a fim de que toda a estrutura do Estado seja criada. Estas normas determinam a submissão do próprio Estado, e de toda sua estrutura, englobando-se aqui os poderes constituídos, aos seus comandos, por serem expressão máxima da democracia atuante.

Veja que, segundo Mauricio Antonio Ribeiro Lopes (1993, p.94-95), o Poder Constituinte é caracterizado por ser inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado.

O poder constituinte é inicial porque a sua gênese é espontânea, não havendo outro poder que lhe seja superior, nem mesmo outro poder que lhe seja

anterior. Exprime, então, o poder constituinte, a vontade predominante na sociedade, quando da sua manifestação.

Sendo assim, o poder constituinte, por ser inicial, inaugura uma jurídica constitucional inicial, pressuposto de revogação da Constituição anterior, e invalidade dos atos normativos infraconstitucionais produzidos sob a égide da antiga constituição (ARAUJO, 2006, p. 10).

Maurício Lopes é enfático ao dizer que (1993, p.94-95):

A inicialidade não está, de maneira alguma, a afastar a idéia de permanência do Poder Constituinte, pois o mesmo não desaparece com a realização da obra. Segundo Ferreira Filho, salienta Sieyès que a nação não fica submetida à Constituição que ela estabeleceu pelo seu Poder Constituinte. Só os poderes constituídos ficam assim submetidos.

O poder constituinte é autônomo porque cabe somente ao titular de tal poder determinar como será estruturada a nova ordem jurídica constitucional. Além disso, é ilimitado, posto que não se subordina à ordem jurídica anterior, podendo se exteriorizar em caráter ilimitado, isto é “não há limites para criação de sua obra” (ARAUJO, 2006, p10).

Embora se afirme que o poder constituinte é ilimitado, alguns autores ponderam alguns limites ao mesmo, como o respeito aos direitos humanos. É claro estes limites são exclusivamente morais, ou “extrajurídicos” (LOPES, p. 98).

Como já anotamos no tópico anterior, um destes autores é justamente José Afonso da Silva, ao afirmar que a nova ordem jurídica constitucional deve se orientar segundo “princípios universalmente aceitos” (2009, p.59)

Por derradeiro, é incondicionado, porque a sua gênese não é condicionada a qualquer procedimento formal de criação. Sendo assim, o poder constituinte pode se manifestar por qualquer forma, desde que legitimada por seu titular (povo).

Quando da manifestação plena do poder constituinte, uma nova ordem jurídica constitucional se forma. Ressalta-se que como se trata de um poder inicial,

ilimitado, incondicionado e autônomo, as perspectivas e anseios mais importantes são inseridos no novo texto constitucional.

Sendo assim, não há meras intenções ou devaneios na nova ordem constitucional, devendo os mandamentos criados serem integralmente cumpridos pelos poderes constituídos. Em outras palavras, os efeitos pretendidos pela Carta Constitucional devem ser efetivamente respeitados, aplicados e concretizados, já que esta era a vontade constituinte soberana.

Nota-se que, depois de produzir toda uma ordem jurídica, o poder constituinte entra em estado de latência, permanecendo vivo na vontade e no espírito de cada um de seus titulares, esperando a hora em que terá que se exteriorizar novamente (LOPES, 1993, p.95).

Observa-se que, antevendo seu estado de latência, o poder constituinte prevê mecanismos de alteração da ordem jurídica por ele criada, justamente para permitir o desenvolvimento desta ordem, de acordo com o desenvolvimento da sociedade e as exigências da modernidade.

Estes mecanismos de alteração caracterizam o poder constituinte reformador. Este “[...] vincula-se a um poder criador de ordem jurídica, ao mesmo tempo em que se assemelha a um poder instituído” (LOPES, 1993, p. 122).

Vê-se, então, que enquanto o poder constituinte originário é ilimitado, incondicionado e autônomo, o poder constituinte reformador é derivado, limitado e condicionado. Derivado porque é uma expressão do poder constituinte, limitado posto que lhe foram impostos limites, impedindo-se a sua atuação em determinados casos, e condicionado porque a sua atuação reformadora é condicionada aos procedimentos impostos e determinados pelo poder constituinte originário.

A principal característica do poder reformador é a sua limitação. Com efeito, o poder reformador é limitado no sentido de que não pode se prestar a suprimir as perspectivas inseridas originariamente no texto Constitucional, principalmente os direitos e garantias dos cidadãos.

Além de ser limitado quanto à reforma do texto constitucional, o poder constituído também deve obediência concretizadora ao texto magno, porque esta foi a vontade da democracia fundante do Estado. Isso significa que o Poder Público não

pode se furtar à realização dos mandamentos constitucionais, quando essa ordem lhe foi expressamente dada.

Neste sentido, no próximo capítulo, quando tratarmos das normas constitucionais não regulamentadas, retomaremos ao tema da potencialidade do poder constituinte originário, como forma de obrigar o cumprimento das normas constitucionais, mesmo em relação àquelas “desprovidas” de efeitos de aplicação, já que aquela era a intenção dos constituintes.

### **3.7 Breves Considerações acerca da Visão do Poder Constituinte na perspectiva de Antonio Negri**

Já que tratamos sobre a temática do poder constituinte, não poderíamos deixar de citar a valiosa obra de Antonio Negri, intitulada “O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade”.

Antonio Negri, ao tratar sobre a temática do poder constituinte, rompe com a estrutura de relacionamento do mesmo com determinados conceitos, dentre eles o de representação, soberania, constitucionalismo, consagrados por autores de grande renome, tais como os federalistas.

Além disso, também critica, através de um raciocínio dialético, autores como Rousseau, Maquiavel, Marx e Espinosa buscando, com tal postura, denunciar, de forma incisiva, a tentativa de enclausuramento do poder constituinte.

Segundo Antonio Negri, na perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte (2002, p.8-9):

É a fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado. Em outros termos, é o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico, e, com isto, regular as relações jurídicas no seio de uma nova comunidade. ‘O poder constituinte é um ato imperativo da nação, que surge do nada e organiza a hierarquia dos poderes’.

Ante esta perspectiva, Antonio Negri (2002, p.9) constata um paradoxo que não pode ser negado: como é possível um poder surgir do nada e organizar todo o direito?

Assim, é veemente ao criticar a ciência jurídica, dizendo que esta nunca se exercitou tanto a afirmar e, ao mesmo tempo, negar algo, como o fez com a natureza absoluta do poder constituinte. Ora, ao mesmo tempo em que a ciência jurídica lhe dá caráter absoluto, por surgir do nada, estabelece-lhe limites, impostos pelo direito, freando sua expansividade.

Note-se, então, que a ciência jurídica reduziu o conceito de poder constituinte a uma mera potência produtora de normas, ou, num poder que surge do nada, mas que enseja a fabricação de todo um ordenamento jurídico, sendo puramente normativo.

Em outras palavras, embora a ciência jurídica afirme que o poder constituinte é onipotente, ele deverá, necessariamente, ser definido e exercido como um poder extraordinário, em que sua manifestação será limitada e controlada pelas amarras jurídicas que lhe são impostas.

Nas palavras de Antonio Negri (2002, p. 9):

O tempo que é próprio do poder constituinte, um tempo dotado de uma formidável capacidade de aceleração, tempo do evento e da generalização da singularidade, deverá ser fechado, detido e confinado em categorias jurídicas, submetido à rotina administrativa. Este imperativo – transformar o poder constituinte em poder extraordinário, comprimi-lo no evento e encerrá-lo numa facticidade somente revelada pelo direito – talvez nunca tenha sido tão exhaustivamente sentido como no curso da Revolução Francesa. O poder constituinte como poder onipotente é, com efeito, a própria revolução.

Dessa forma, o constitucionalismo tende a encerrar, temporalmente, o poder constituinte em uma facticidade, em um único evento, e que tal poder somente seria revelado, ou exteriorizado, pelo direito. Note, então, a delimitação temporal: o poder constituinte corresponderia a apenas este único evento, e, portanto, existiria somente até o momento em que fosse juridicizado em uma Constituição.

Além do mais, como adverte Negri (2002, p. 9-10), “[...] O poder constituinte não é apenas onipotente, é também expansivo, seu caráter ilimitado não é apenas temporal, é também espacial”.

A este aspecto, o constitucionalismo também tende a limitá-lo, reduzindo-o a mera fonte de produção das normas jurídicas, interiorizado no poder constituído. A sua expansividade deve se exteriorizar apenas como norma de interpretação, como controle de constitucionalidade ou como atividade de revisão constitucional, dentro de limites e procedimentos bem definidos. Trata-se, portanto, de toda uma estrutura jurídica que cuida de aprisionar e desnaturar o poder constituinte, através de suas formas (NEGRI, 2002, p.10).

Analisados os aspectos objetivos (limitação e expansividade), Antonio Negri ainda critica a desnaturação subjetiva do poder constituinte. Isto é, além de ter o seu limite e expansividade desnaturados, ainda lhe suprimem a essência.

Esta é a lição de Antonio Negri (2002, p. 10):

[...] Após ter sido desnaturado objetivamente, o poder constituinte é subjetivamente dissecado. Antes de tudo, as características singulares da originalidade e da inalienabilidade são dissolvidas, e o nexos que historicamente liga o poder constituinte ao direito de resistência (e que define, por assim dizer, a figura ativa do primeiro) é suprimido. Aquilo que resta é submetido a todas as sevícias possíveis. Absorvido pelo conceito de nação, o poder constituinte parece manter, é certo, alguns aspectos de originalidade; mas é sabido que se trata de um sofisma e o conceito de poder constituinte é antes sufocado que desenvolvido no conceito de nação.

Assim, além da ciência jurídica fazer com que o poder constituinte se resume a um só evento, que corresponde, por exemplo, a um evento revolucionário, ainda lhe suprime a razão, qual seja o nexos que possui com o direito de resistência. Sendo assim, a própria essência do poder constituinte se desnatura.

Como se não bastasse lhe impor as amarras jurídicas objetivas e subjetivas, o constitucionalismo faz com que o poder constituinte seja contido absorvido, e se manifeste pelo instituto da representação política, como suposta forma de legitimação do seu exercício.

Com efeito, preleciona Negri (2002, p.11):

[...] O caráter ilimitado da expressão constituinte é limitado na sua gênese, porquanto submetido às regras e à extensão relativa do sufrágio; no seu fundamento, porquanto submetido às regras parlamentares; no seu período de vigência, que se mantém funcionalmente delimitado, mais próximo à forma da ditadura clássica do que à teoria e às práticas da democracia: em suma, a idéia de poder constituinte é juridicamente pré-formada quando se pretendia que ela formasse o direito, é absorvida pela idéia de representação política quando se almejava que ela legitimasse tal conceito.

Sendo assim, o poder constituinte somente existiria quando necessária a formação de uma nova ordem jurídico-constitucional, em que, para isso, deveria ser enclausurado pela máquina de produção jurídica, podendo ser exteriorizado somente através da representação política, pressuposto de seu exercício legítimo.

Depois desse esmagamento de sua *ratio essendi*, “pouco ou nada resta do poder constituinte após essa operação de fundação formal do direito e, portanto, de redução ética (como em Jellinek) ou sociológica (como em Kelsen) do seu conceito” (NEGRI, 002, p.14).

Não cabe, aqui, prolongar as críticas de Antonio Negri em relação à relação entre constitucionalismo (ciência jurídica) e poder constituinte. Cabe, por derradeiro, mostrar, brevemente, a visão do autor sobre o assunto.

Para Antonio Negri (2002, p.26):

[...] O poder constituinte se define emergindo do turbilhão do vazio, do abismo da ausência de determinações, como uma necessidade totalmente aberta. É por isto que a potência constitutiva não se esgota nunca no poder, nem a multidão tende a ser tornar totalidade, mas conjunto de singularidades, multiplicidade aberta. O poder constituinte é esta força que se projeta para além da ausência de finalidade, como tensão onipotente e crescentemente expansiva. Ausência de pressupostos e plenitude de potência: este é um conceito bem positivo de liberdade. [...]

Note que para o referido autor, o poder constituinte é um procedimento absoluto, aberto, incondicionado, dotado de plenitude de potência criadora. O poder constituinte é (atemporal), e ao mesmo tempo está, podendo se manifestar a

qualquer tempo e em qualquer lugar, na forma de potência plena, independentemente de qualquer pressuposto ou condição.

Portanto, o poder constituinte é um ente permanente, é “um deus vivo democrático”, é a “potência da multidão”, uma “potência irreprimível e aleatória” (NEGRI, 2002, p.424).

## 4 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS COM BASE NA SUA APLICABILIDADE E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NÃO REGULAMENTADAS

### 4.1 Introdução

Antes de adentrarmos às principais formas de classificação das normas constitucionais, segundo sua aplicabilidade, cumpre-nos fazer algumas considerações iniciais acerca do pressuposto utilizado para tais classificações.

O principal pressuposto utilizado foi a possibilidade da norma constitucional em produzir efeitos jurídicos, em maior ou menor escala, independentemente, ou não, de outras normas para fazê-lo, já que isto determinará, por consequência, a sua aplicabilidade.

Em outras palavras, as normas serão classificadas tendo em vista seus efeitos de aplicação, já que estes, como o próprio nome indica, é o medidor de aplicabilidade de uma norma.

### 4.2 Classificação segundo Cooley

Thomas Cooley<sup>9</sup>, doutrinador norte-americano, distingue as normas constitucionais em “self-executing” e “not self-executing” *provisions*. O termo “self”, traduzido para o português, significa “auto”, isto é, na expressão dada, trata-se de

---

<sup>9</sup>A *treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative Power of the States of the American Union*, Boston, 1903, p. 119 e 120. Apud Maria Helena Diniz, Normas constitucionais e seus efeitos, p. 105-106.

um prefixo que dá a noção de “próprio”, “de si próprio” ou “por si próprio”. Já o termo “executing”, na expressão dada, traduzido para o português, significa “executável”, isto é, trata-se da qualidade daquilo que pode ser executado.

Sendo assim, reunindo os termos, “self-executing” são as normas que se executam por si próprias, ao passo que as normas “not self-executing” são as normas que não se executam por elas mesmas. Portanto, são normas auto-executáveis e normas não auto-executáveis.

As normas constitucionais auto-executáveis são aquelas que trazem em seu bojo um direito pronto a ser gozado, ao mesmo tempo em que impõem um dever de obediência ao exercício de tal direito, por preverem meios para sua execução.

Em razão disso, devido a essa possibilidade imediata de fruição do direito, a aplicação (execução) destas normas é imediata, isto é, independe de qualquer legislação infraconstitucional regulamentadora, já que são suficientes por elas mesmas.

As normas constitucionais não auto-executáveis, por sua vez, são aquelas que estabelecem somente diretrizes, sem impor ou prever qualquer meio para sua execução, sendo destituídas de eficácia e, conseqüentemente, aplicabilidade.

Em razão dessa deficiente aplicabilidade, dependem de legislação infraconstitucional regulamentadora posterior que lhe constitua suficiente eficácia de aplicação, pois somente depois dessa complementação eficaz é que poderão ser aplicadas.

Sendo assim, por esta classificação, poderia se inferir que há normas constitucionais destituídas de eficácia e impositividade, já que as normas ditas não auto-aplicáveis dependeriam necessariamente de uma norma posterior que lhe constituísse a eficácia.

Entretanto, essa visão não corresponde à atual dimensão da importância dada às normas constitucionais, e os esforços que vêm sendo realizados para concretizá-las. Neste sentido é a lição de José Afonso da Silva (2009, p.75):

A classificação pura e simples das normas constitucionais em *auto-aplicáveis* e *não auto-aplicáveis* não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras 'sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei' [...].

Portanto, não há, hoje, como se falar em normas constitucionais destituídas de qualquer eficácia, já que “[...] cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução* [...]”. (SILVA, 2009, p.76).

A questão, então, não se encontra na possibilidade de aplicação da norma constitucional, já que esta é sempre executável, mas sim qual o seu limite de produção de efeitos e, conseqüentemente, aplicação. Só que isto (limite de aplicação) depende da atuação do Poder Público.

### **4.3 Classificação segundo Pontes de Miranda**

Segundo a classificação de Pontes de Miranda, adepto da doutrina norte-americana de Cooley, as normas dividem-se em: normas bastantes em si mesmas, normas não bastantes em si mesmas.

Segundo lição de Pontes de Miranda (1967, p. 126):

Quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-executing, self-acting, self-enforcing*. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não-bastantes em si.

Importante salientar que Pontes de Miranda já mencionava a existência de normas programáticas. E estas normas programáticas poderiam ser tanto bastante em si mesmas, como não.

Na doutrina de Pontes de Miranda, as normas constitucionais programáticas não seriam destituídas de eficácia, como defendido por Cooley, ao contrário, seriam imperativas desde logo, vinculando o ordenamento jurídico e o legislador futuro.

Assim é a sua lição (1967, p. 127):

As regras jurídicas programáticas são suscetíveis de cogência, desde logo, se o contrário não se conclui da Constituição que as contém. Por isso mesmo, onde o princípio foi estabelecido suficientemente, se há de entender já inserto no sistema jurídico.

E continua (1967, p.127):

A regra jurídica programática quase sempre está misturada a outras regras jurídicas cogentes, de modo que se há de discriminar, desde o início, o que é regra jurídica já incidente e o que é regra jurídica para ser observada pelas regras jurídicas que a formularem *na matéria*. Algo do que era *político*. Partidário, programático, entrou no sistema jurídico; cerceou-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa.

Dessa forma, Pontes de Miranda, embora adotando a linha doutrinária proposta por Cooley, não partilha da mesma visão deste com relação a existência de normas destituídas de eficácia. Isso porque, mesmo as normas programáticas seriam dotadas de imperatividade suficiente para, ao menos, vincular o legislador a não adotar programa diverso do já enxertado no ordenamento jurídico.

Pontes de Miranda (1967, p. 127) ainda observa, em sua obra, que com a decadência do liberalismo econômico, as experiências constitucionais modernas buscaram implementar os que ele chamou de *fins precisos* do Estado. Viu-se a necessidade de inserir nos textos constitucionais algo que mostrasse *para onde se vai e como se vai*.

Entretanto, como ele próprio adverte (1967, p.127):

[...] Longe estão, contudo, tais diplomas fundamentais dos Estados de hoje da adoção dos fins precisos, o que exigiria mais imperatividade na caracterização dos fins do Estado do que a simples programaticidade de algumas regras, às vezes assaz obscuras e vagas, das suas hesitantes Constituições.

Portanto, Pontes de Miranda é incisivo ao criticar a utilização de normas constitucionais programáticas na previsão dos *fins precisos* do Estado, já que estas normas, até mesmo pelas suas características, muitas vezes são vagas e imprecisas, impossibilitando-se a sua própria aplicação e observância por parte do Estado.

#### **4.4 Classificação segundo Gaetano Azzaritti**

Segundo Gaetano Azzaritti<sup>10</sup>, as normas constitucionais podem ser classificadas em: normas preceptivas e normas diretivas.

As normas preceptivas são impositivas, imperativas, cogentes e, por isso, são de cumprimento e observância obrigatórios, tanto em relação aos seus destinatários como em relação aos agentes do poder.

As normas diretivas, por sua vez, nos ostentam a característica da obrigatoriedade, podendo a lei infraconstitucional dispor de forma diversa daquelas, sem que se contaminem pelo vício da inconstitucionalidade. Assim, “[...] contém, tão-somente, uma diretriz ao legislador futuro, não tendo, portanto, qualquer eficácia, nem são consideradas normas jurídicas” (DINIZ, 2003, p. 107).

---

<sup>10</sup>*Problemi annuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p.98. Apud Maria Helena Diniz, Normas constitucionais e seus efeitos, p. 106-107.

Ainda, segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 107):

Esse ponto de vista foi muito criticado por Flaminio Franchini, Ugo Natoli e Balladore Pallieri. Balladore Pallieri, diferentemente de Azzariti, considera que as normas diretivas produzem efeito, embora indireto, visto que não constroem o legislador a seguir um caminho, mas o obrigam a não tomar via diversa.

Dessa forma, embora Pallieri defendesse somente o efeito indireto das normas diretivas, pelo menos contribuiu no sentido de afirmar que estas normas, por serem constitucionais, não podem ser contrariadas.

#### 4.5 Classificação segundo Vezio Crisafulli

O italiano Vezio Crisafulli<sup>11</sup> classifica as normas constitucionais em: normas constitucionais de *eficácia plena* e normas constitucionais de *eficácia limitada*.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que podem ser imediatamente aplicadas. São as normas que “diretamente regulam relações entre os cidadãos” (PIOVESAN, 2003, p. 64). As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, subdividem-se em normas de legislação e normas programáticas.

Segundo Maria Helena Diniz (2003, p. 107-108):

As de legislação, insuscetíveis de aplicação imediata por razões técnicas, são alusivas a uma normação futura, regulamentadora dos seus limites. As programáticas, verdadeiras normas jurídicas, são preceptivas, se bem que se dirijam diretamente aos órgãos estatais, principalmente ao legislativo, conferindo direitos subjetivos. São as programáticas normas eficazes por

---

<sup>11</sup>*La costituzione e le sue disposizione di principio*, Milano, 1952. Apud Maria Helena Diniz, Normas constitucionais e seus efeitos, p. 107-108.

terem eficácia negativa, ou seja, por paralisarem os efeitos de toda e qualquer norma jurídica contrária a seus princípios.

Conforme se observa, “as normas pragmáticas de Crisafulli, ao contrário das normas diretivas de Azzaritti, têm valor jurídico, ou seja, eficácia obrigatória” (BONAVIDES, 2008, p. 243).

Sendo Assim, segundo Flávia Piovesan (2003, p. 66):

[...] esta teoria permitiu um avanço doutrinário extremamente significativo no campo da aplicabilidade das normas constitucionais. Ineditamente, as normas constitucionais denominadas “não auto-executáveis”, pela doutrina de Rui Barbosa, [...], ou ainda “diretivas”, pela doutrina de Azzaritti, passam, na doutrina de Crisafulli, a dispor de aplicabilidade, sendo obrigatórias e vinculantes.

Por serem de observância obrigatória, vinculam também a atuação estatal de acordo com seus comandos, contribuindo para o fortalecimento da noção da força normativa de tais normas, já que, além de não poder delas dispor, o Estado também tem a função de o melhor delas extrair.

#### **4.6 Classificação segundo José Afonso da Silva**

José Afonso da Silva, guiado pela tarefa de demonstrar que todas as normas constitucionais têm eficácia e possibilidade de aplicação, realizou um profundo estudo, que culminou em sua obra intitulada por “Aplicabilidade das Normas Constitucionais.

Esta obra tem grande importância na doutrina constitucional brasileira, já que foi um dos primeiros grandes estudos realizados sobre a matéria (eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais), tornando-se referência a todos os estudiosos do Direito Constitucional.

Dessa forma, esta classificação será por nós adotada, para efeito de análise, comparações, discussões doutrinárias, enfim, para o estudo científico deste trabalho. Até mesmo porque, esta classificação foi reconhecida e aceita pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de Injunção nº 438-2-GO, publicado no Diário da Justiça da União, em 16 de agosto de 1995 (ARAUJO, 2006, p.19, nota de rodapé nº27).

Segundo o próprio José Afonso da Silva (2009, p. 81):

[...] todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Mostraremos, ainda, que as chamadas normas pragmáticas, tidas [...] como diretivas e ineficazes, exercem relevante função na ordenação jurídica do país e tem efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só aos legisladores, como não raro se afirma.

E continua (2009, p. 81-90):

[...] não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não de emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

E conclui (2009, p. 90) que “se todas têm essa eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstancia de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos”.

Dessa forma, propõe a seguinte classificação das normas constitucionais: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada.

Segundo este constitucionalista (2009, p. 90-91):

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador

constituente, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou pode produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples estrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando esta tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Como se vê, as normas constitucionais de eficácia plena independem de legislação complementar posterior para irradiar plenamente seus efeitos, isto porque foram cuidadosamente elaboradas para que pudessem, desde a entrada em vigor da constituição, ser aplicadas.

Pelo fato de regular de maneira satisfatória os assuntos que lhe servem de objeto, e ante a desnecessidade de mediação de outra norma para ser aplicada, pode se dizer que “as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata e integral* sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica [...]” (SILVA, 2009, p. 83).

As normas constitucionais de eficácia contida, da mesma forma que as de eficácia plena, independem de legislação complementar posterior para irradiar seus efeitos, mas permitem que tal legislação posterior lhe limite a eficácia e, conseqüentemente, sua aplicabilidade.

Assim, pelo fato de regular satisfatoriamente os assuntos que lhe servem de objeto (para fins de aplicação), e ante a desnecessidade de mediação de outra norma para ser aplicada, mas que tal norma poderá vir a existir e estará autorizada a lhe restringir a eficácia, pode se dizer que “[...] as normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata, mas não integral*, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade” (SILVA, 2009, p. 83).

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada dependem de uma legislação complementar posterior que lhe constitua a eficácia para que possa ser efetivamente aplicada.

Portanto, pelo fato de não regularem satisfatoriamente os interesses que têm por objeto, e por necessitarem de mediação legislativa para que possam ser aplicadas, pode se dizer que “[...] as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia” (SILVA, 2009, p. 83).

As normas constitucionais de eficácia limitada se subdividem em duas: as normas declaratórias e princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípio programático.

Quanto às subespécies das normas constitucionais de eficácia limitada, interessa-nos, a este presente trabalho, as normas declaratórias de princípio programático, já que, geralmente, são estas as normas mais violadas, pela via da omissão, pelos Poderes Públicos.

Segundo lição de José Afonso da Silva (2009, p.138):

*[...] podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes o princípio para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.*

Por enquanto, estes esclarecimentos são suficientes, até mesmo porque, as normas programáticas serão analisadas em capítulo próprio. Além do mais, já basta por enquanto, a lição primorosa de José Afonso da Silva ao demonstrar a real face da eficácia de tais normas, revelando a necessidade de respeito e observância das mesmas, por serem obrigatórias e vinculantes.

#### 4.7 Classificação segundo Luís Roberto Barroso

Cumpre-nos, agora, fazer algumas considerações acerca da contribuição prestada por Luís Roberto Barroso, em sua obra intitulada “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas”.

Luís Roberto Barroso (2000, p.93), ao formular sua classificação, diz expressamente que tinha o intento de reduzir a discricionariedade, dos Poderes Públicos constituídos, que macula a aplicação das normas constitucionais. Para isso, buscou um critério mais científico à interpretação constitucional a ser realizada pelo Poder Judiciário, principalmente no aspecto do controle dos comportamentos omissivos do Poder Executivo e Legislativo.

Com este objetivo em mente, o autor propõe a seguinte classificação (2000, p.94): normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização são aquelas que organizam a estrutura do poder estatal, disciplinando a separação dos poderes, os limites de sua competência, o exercício do poder político, dentre outros.

Segundo Barroso (2000, p.95):

Há, portanto, em toda Lei fundamental, uma específica categoria de regras, com uma estrutura normativa própria, destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. Tais são as *normas constitucionais de organização*, também referidas como “normas de estrutura ou de competência”.

Segundo Barroso, as normas de organização se diferem das normas de conduta (2000, p.96). As normas de conduta são aquelas que prescrevem comportamentos, fatos, ordens ou proibições, dos quais decorrem conseqüências jurídicas. As normas de organização, por sua vez, não se destinam a regular o comportamento dos indivíduos, mas do próprio Estado. Sendo assim, estas normas

precedem a incidência das demais, já que organizam organicamente o Estado, disciplinando a própria criação e aplicação das normas de conduta.

Neste sentido, “as normas constitucionais de organização comportam uma certa variedade de conteúdo, quando estabelecem o estatuto da organização do Estado, partilham atribuições, criam órgãos e disciplinam a aplicação de outras normas” (BARROSO, 2000, p.97).

Por sua vez, as normas constitucionais definidoras de direitos são aquelas responsáveis por definir os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que devem ser respeitados, de forma incondicional, pelo Estado.

Luís Roberto Barroso (2000, p.99) é categórico ao afirmar que “é possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes categorias [...]: direitos *políticos*, direitos *individuais*, direitos *sociais* e direitos *difusos*”.

Na linha adotada pelo autor (2000, p.100-101), os direitos políticos englobam os direitos de nacionalidade e o direito de cidadania. Os direitos individuais são as chamadas liberdade negativas, que encontraram sua expressão máxima na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789.

Os direitos sociais (2000, p.101) englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, e se exteriorizaram recentemente, com a Constituição Mexicana em 1917, e com a Lei Fundamental Alemã, em 1919. Por fim, os direitos difusos (2000, p.101-102) são aqueles em que seus titulares se caracterizam por ser um número indeterminado de pessoas, e seu objeto é indivisível, de tal sorte que a satisfação deste direito implica satisfação de todos seus titulares, e a lesão ao mesmo significa lesão a toda a coletividade.

Cumprido, agora, fazer algumas considerações do que Luís Roberto Barroso quer dizer com a palavra direito. Nas suas palavras (2000, p.103-104):

A idéia central em torno da qual gravita o tópico ora desenvolvido é a de *direito subjetivo*, entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica

que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público*.

Sendo assim, Luís Roberto Barroso faz a análise acerca da possibilidade de aplicação da norma jurídica constitucional com base nesta premissa. Isto é, para detectar a eficácia da norma constitucional, Barroso analisa, em primeiro plano, se a norma efetivamente prevê ou não um direito subjetivo a ser concedido ao seu titular, ficando em segundo plano a questão da necessidade, ou não, de norma regulamentadora para produção de seus efeitos.

Com clareza de exposição, Barroso nos explica (2000, p.104-105):

[...] as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual [...]: *dever jurídico, violabilidade e pretensão*. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não forem entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.

Dessa forma, daquelas normas constitucionais que definem direitos surgem situações jurídicas prontamente desfrutáveis por seus titulares. Se estas situações jurídicas não forem efetivadas pelo Estado, cabe-lhes exigir seu cumprimento, inclusive através de coerção judicial.

Luís Roberto Barroso (2000, p.108-109) divide as normas constitucionais definidoras de Direitos em três grandes grupos: as que “geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”; as que “ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado”; e as que “contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma constitucional integradora”.

Em relação às normas que geram “situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção”, a aplicação concreta da norma

constitucional é realizada através de uma abstenção, uma conduta de não fazer, uma conduta omissiva, geralmente dirigida ao Estado (BARROSO, 2000, p.108).

As normas constitucionais definidoras de direitos também podem ensejar a exigibilidade de prestações positivas do Estado. A aplicação destas normas, ao contrário do caso anterior, se faz através de atuação concretizadora, “na entrega de um bem ou na satisfação de um interesse” (BARROSO, 2000, p.109).

Ainda, existem normas constitucionais cuja realização não depende de uma prestação positiva do Estado, porém depende de uma intermediação legislativa constitutiva de eficácia de aplicação para que possa ser efetivada.

Por fim, as normas programáticas são “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados. Estas normas têm por objeto estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público” (2000, p.116)

As normas constitucionais programáticas não são muito bem vistas no mundo jurídico. Primeiro porque o Estado acredita que pode deixar de cumpri-las, e segundo porque supostamente não são exigíveis.

Entretanto, como já vimos em oportunidade anterior, todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica. Pelo simples fato de existir, as normas constitucionais têm, pelo menos, o condão de obrigar a orientação da legislação infraconstitucional de acordo com seus preceitos. Trata-se, portanto, de uma eficácia que se traduz, no mínimo, em obrigatoriedade e poder de vinculação.

#### **4.8 Outras classificações**

Além das classificações anteriormente apresentadas, há muitas outras que são dignas de menção e que serão brevemente expostas, mas que não serão analisadas minuciosamente, por não ser este o objetivo deste trabalho.

Tem-se a classificação protagonizada por Celso Bastos e Carlos Ayres Britto (1982, p. 62-63), em que as normas, quanto ao modo de incidência, são

divididas em normas de “mera aplicação” e normas de “integração”; e, quanto à produção de efeitos, são divididas em normas de “eficácia parcial” e normas de “eficácia plena”.

Quanto ao modo de incidência, as normas de mera aplicação se subdividem em normas regulamentáveis e normas irregulamentáveis; ao passo que as normas de integração se subdividem em normas complementáveis e normas restringíveis.

Quanto à produção de efeitos, as normas de eficácia parcial são as normas complementáveis; ao passo que as normas de eficácia plena se subdividem em normas regulamentáveis, normas de irregulamentáveis e normas restringíveis.

Segundo Flávia Piovesan (2003, p. 70):

Pode-se, pois, afirmar que, ante esta classificação, as normas inintegráveis identificam-se com as normas de eficácia plena, enquanto as normas integráveis restringíveis e completáveis identificam-se com as normas de eficácia contida e limitada, respectivamente.

Tem-se, também, a classificação proposta pela professora Maria Helena Diniz (2003, p. 111), a qual as normas constitucionais se distinguem em: normas com eficácia absoluta (ou supereficazes), normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.

Maria Helena Diniz esclarece que (2003, p. 111):

As normas constitucionais com *eficácia absoluta* são as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las.

Por sua vez, as normas com eficácia plena, com eficácia relativa restringível e com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação correspondem, respectivamente, às normas de eficácia plena, contida e limitada da classificação formulada por José Afonso da Silva.

Há muitas outras classificações dignas de menção, mas não nos cabe, aqui, analisá-las, até mesmo porque não é este o objetivo do trabalho. Optamos, então, agora, por encerrar este tema.

#### **4.9 Das Normas Constitucionais Não Regulamentadas**

Primeiramente temos que limitar a abrangência conceitual do tema que será estudado neste capítulo. Isto é, procurar-se-á delimitar quais são as normas não regulamentadas a que se dará maior atenção.

Como visto, segundo a classificação de José Afonso da Silva, as normas constitucionais, em função da medida de sua aplicabilidade, podem ser classificadas como de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas aplicáveis por si só, independentemente de qualquer intermediação legislativa. Entretanto, isto não significa que elas não possam vir a serem complementadas, já que este complemento legislativo pode lhe lapidar o contorno normativo, dando-lhe maior relevo jurídico.

As normas de eficácia contida são aquelas que também são aplicáveis por si só, mas uma legislação futura poderá vir a lhe restringir os efeitos, restringindo-lhe, por conseqüência, a aplicabilidade. Vê-se que, aqui, esse complemento legislativo futuro restringe o âmbito de incidência da norma.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não regulam satisfatoriamente os assuntos que lhe constituem o objeto, clamando por uma legislação posterior regulamentadora que constitua sua eficácia, para que assim possa ser aplicável.

Como se vê, todos os três tipos de normas podem ser complementados, regulamentados por uma norma posterior. Mas, apenas a norma

de eficácia limitada impescinde de tal regulamentação, já que as outras aplicam-se por si só.

Com efeito, a regulamentação de que trataremos aqui não se trata de um aprimoramento do texto normativo já bastante em si mesmo, e nem mesmo da limitação dos contornos a que uma norma já aplicável deve atuar, mas sim da regulamentação necessária para que a norma possa irradiar seus efeitos de aplicação.

Assim, “para que algumas normas constitucionais possam gerar seus efeitos principais, pode ser necessária a intervenção do Poder Público, e, dessa forma, passa-se a falar em regulamentação da norma constitucional” (FERRARI, 2001, p.127).

Neste sentido, regulamentação, de que trata este capítulo, é a forma através da qual serão instrumentalizados os efeitos de aplicação das normas, permitindo-se, conseqüentemente, que atue no modo concreto.

Conforme pondera Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2001, p. 129):

É importante e decisivo que o Direito possa fazer-se valer, e isto não só no sentido de a norma assegurar a sua observância, mas também no que diz respeito à estrutura normativa que a viabiliza, à aptidão da norma para ser aplicada e, assim, produzir efeitos jurídicos dela decorrentes.

Se uma norma não possui estrutura suficiente para que seja aplicada imediatamente, uma regulamentação deve lhe ser providenciada, para que possa efetivamente produzir os efeitos para que foi criada. Se tal regulamentação não é realizada, a Constituição é ferida por omissão, gerando o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Note que essa regulamentação pode se dar de várias maneiras, como, por exemplo, por meio de edição de leis, ou mesmo por meio de promoção de políticas públicas. Assim, a regulamentação de que trata esse estudo não se refere somente à intermediação legislativa, mas também às atividades que envolvem a administração pública, já que muitas vezes é a inércia da máquina administrativa que impede a aplicação da norma constitucional, especialmente a programática.

Segundo Regina Nery Ferrari (2001, p.138):

O grande problema da regulamentação integrativa da Constituição surge quando grande parte de suas normas ficam impedidas de incidir, obrigar, criar direitos subjetivos, pela lamentável inércia do Legislativo e dos próprios órgãos governamentais, levando a sociedade a esperar indefinidamente pela realização dos fins nela previstos, tornando-os simples figura de uma retórica constitucional, sem nenhuma atuação ou repercussão na realidade social concreta.

Ressalta-se que o poder judiciário, pelo menos em regra, não pode proceder à regulamentação de uma lei. Entretanto, ele não só pode, como deve, exercer o controle da omissão dos outros poderes constituídos, no sentido de determinar a aplicação da norma constitucional, quando isso for possível, ou ordenar-lhes a regulamentação da mesma, para que se torne efetiva.

#### **4.9.1 Aplicabilidade das normas constitucionais não regulamentadas: apontamentos críticos**

A grande questão que se coloca é: as normas constitucionais não regulamentadas, por dependerem de regulamentação posterior que lhe constitua a eficácia, possuem algum efeito jurídico?

Conforme já demonstrado no capítulo anterior, as normas em geral, bem como as constitucionais, exalam, pelo menos, três tipos de efeitos jurídicos: os efeitos que decorrem do plano de existência, os efeitos que decorrem do plano de validade, e os efeitos de aplicação.

Sendo assim, a Constituição, formada pelo todo que representa suas normas, inclusive as não regulamentadas, tem, ao menos, o efeito de revogar a ordem constitucional anterior a qual substituiu.

Ainda, a Constituição, dotada de normatividade máxima, condiciona todos os preceitos do ordenamento jurídico, que foram, estão sendo, ou serão criados. Isto significa dizer que qualquer atentado às suas normas, inclusive as não regulamentadas, terá como fatal consequência a invalidade do ato atentatório, em razão do poder de constrangimento compatibilizador que a Constituição exerce.

Esta é a lição de Maria Helena Diniz (2001, p.40), ao afirmar que “essas normas que exigem regulamentação ulterior não proporcionam por si mesmas o benefício constitucional, embora impeçam comportamentos antinômicos ao por elas estabelecido”.

Neste mesmo sentido é o entendimento de Maria Nery Ferrari (2001, p.112):

[...] não se pode admitir a existência de normas constitucionais destituídas de eficácia, isto é, não existem na Constituição normas que configurem meros conselhos, porque todas as suas normas são dotadas de imperatividade e mais, imperatividade esta de nível superior, no sentido de que vincula ao seu conteúdo tudo o mais do complexo normativo, sob pena de invalidade, ou melhor, de inconstitucionalidade.

Acontece que, as normas constitucionais não regulamentadas, por si só, não tem o condão de gerar seus efeitos de aplicação. Para isso, necessitam da atuação do Poder Público. Aí está o limite da eficácia da norma constitucional não regulamentada: tem eficácia revogativa, negativa (SILVA, 2009, p.131), mas não consegue, por ela mesma, concretizar o seu objeto.

Veja, então, que ao dizer que uma norma constitucional não é aplicável, isso não quer dizer que ela não possua efeitos jurídicos. Ela ainda continuará apta a revogar norma anterior, ou a tornar inválida qualquer norma ou comportamento, anterior ou posterior a ela, que desobedeçam suas imposições.

Entretanto, não podemos nos contentar em dizer que uma norma constitucional, se destituída de efeitos de aplicabilidade, possui, “ao menos”, eficácia de constrangimento da ordem jurídica submetida ao seu império, porque isso seria, data vênica, redundância.

Da mesma forma, não podemos nos contentar em dizer que uma norma constitucional não regulamentada é aplicável até onde possa, já que isso, fatalmente, levaria à conclusão de que algumas normas realmente não são aplicáveis, já que algumas delas não possuem, por si só, meios de se fazer valer, já que lhes falta regulamentação.

Então, temos que assumir uma postura crítica, inovadora, de modo a romper com a infundada dogmática que decretou a impossibilidade de exigibilidade jurídica de cumprimento das normas constitucionais contra aqueles que possuem esse *dever constitucionalmente imposto*, mas que se quedam inertes.

Ora, a Constituição é fruto de toda a potencialidade do poder constituinte originário, expressão máxima da democracia atuante, por representar a vontade de todo um povo. Sendo assim, toda a ordem por ela imposta é dotada de uma força potencialmente indestrutível, e invariavelmente concretizável, posto que instrumento de realização da cidadania.

É por isso que neste trabalho se analisará a possibilidade da intervenção judicial concretizadora, entendida esta como a prerrogativa que o poder judiciário tem de determinar a aplicação da norma, no caso concreto, quando isto se revelar possível, diante das omissões inconstitucionais.

Em outras palavras, tentaremos mostrar que o poder judiciário, quando lhe for possível, poderá constituir a eficácia de uma norma, tornando-a aplicável no caso concreto, independentemente de qualquer legislação infraconstitucional regulamentadora, suprimindo, assim, a omissão inconstitucional.

Mas, para isso, necessita-se de um critério. Sendo assim, quando se está diante de uma norma constitucional não regulamentada (normas constitucionais de eficácia limitada), a sua capacidade de aplicação deverá ser analisada através do seu conteúdo (objeto), qual seja, a previsão de um *direito subjetivo*. Dessa forma, primeiramente, devemos conceituar o que é um direito subjetivo.

Anote-se que existem diferenças entre os direitos subjetivos e as demais posições jurídicas subjetivas, tais como deveres, poderes, faculdades, interesses, etc. Sendo assim, um direito subjetivo não se confunde com as demais

posições jurídicas subjetivas, razão esta que funda nossa preocupação em definir o que é um direito subjetivo.

Os direitos subjetivos são valores fundantes ou importantes do Direito, protegidos pela ordem jurídica, proteção esta direta, plena e específica (SILVA, 2009, p.170), o que permite, por parte do seu titular, a exigibilidade por meio judicial, visando constranger “o outro” a obedecê-los.

Dessa forma, temos que analisar se as normas constitucionais prevêm direitos subjetivos prontamente realizáveis. Se efetivamente encerram tal previsão, esses direitos devem ser concretizados por aquele que detém este dever constitucionalmente imposto, caso contrário, o cumprimento de tal dever poderá ser exigido judicialmente.

A questão adquire especial feição quando se trata dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. Segundo Luis Roberto Barroso (2000, p.106), “[...] é puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”.

O cuidado que se deve ter é que mesmo que se defenda fervorosamente a efetivação de tais direitos, não se pode desconsiderar as dificuldades práticas necessárias para se atingir tal objetivo, já que ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam (BARROSO, 2000, p.107).

Com precisão pondera Regina Nery Ferrari (2001, p.144):

É claro e parece pacífico que se a norma se revelar insuficiente para configurar o conteúdo e a extensão de um interesse juridicamente protegido, não se pode cogitar a existência de um direito subjetivo. Porém, na ausência de um critério geral e válido para a caracterização dos direitos subjetivos, deve, o intérprete, nas situações duvidosas, atender, em cada caso, a todos os critérios parciais possíveis.

Sendo assim, temos que analisar, cuidadosamente, se a norma encerra em si um interesse passível de proteção jurídica, e se esse interesse pode ser efetivamente caracterizado como um direito subjetivo. Se assim o for, está caracterizada a pretensão necessária à exigibilidade do direito em juízo.

Portanto, através da análise das situações subjetivas a que as normas se prestam a conceder é que se extrairá a possibilidade da norma ser efetivamente aplicada, independentemente de qualquer complemento regulamentador a que clama. E, mais, é através da análise destas situações subjetivas que se discutirá a possibilidade da intervenção do poder judiciário para a efetivação de tais direitos.

Por exemplo, em relação aos direitos sociais, é o teor da norma que permitirá a verificação se a mesma está sendo efetivamente cumprida ou não. Conforme salienta Barroso (2000, p.109), “essa verificação é complexa e encontra limites, assim de cunho econômico como político”.

Os limites de cunho econômico referem-se aos limites orçamentários da administração pública. Isto é, muitas destas prestações necessitam de políticas públicas para serem efetivadas, políticas estas que serão feitas de acordo com as possibilidades orçamentárias de cada órgão encarregado da efetivação do dever que lhe foi constitucionalmente imposto.

Os limites de cunho político referem-se ao debate de que medida é realmente eficaz na promoção daquele bem, ou na satisfação daquele determinado interesse. Se a medida tomada for satisfatória, então não se poderia falar em omissão inconstitucional.

Dessa forma, “a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível em outras tantas” (BARROSO, 2000, p.109).

Constatada a existência de um direito subjetivo que deva ser efetivado por meio de prestações positivas do Estado, mas ausentes tais prestações, ou insatisfatoriamente presentes, o titular do direito poderá exigir, judicialmente, sua efetivação, e o Estado deverá cumprir tal exigência, pois se trata de um dever que lhe foi constitucionalmente imposto.

Segundo anota Sergio Fernando Moro (2001, p.108):

[...] Não sem dificuldades, pode o Judiciário verificar quais prestações materiais são de possível atendimento, dando ao direito fundamental o adequado nível de desenvolvimento e efetivação. Afinal, embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve descuidar-se das exigências constitucionais.

Com propriedade preleciona Maria Nery Ferrari (2001, p. 240):

[...] quando for possível a identificação e individualização do titular do direito e o correspondente dever em prestá-lo, saber-se-á que o titular encontra-se investido no poder jurídico de exigir prontamente, via Poder Judiciário, uma prestação, e que o sujeito passivo, uma vez determinado judicialmente, não poderá deixar de satisfazê-la.

Portanto, sempre que for possível ao Poder Judiciário superar as barreiras que impedem a efetivação dos direitos fundamentais trazidos por normas constitucionais não regulamentadas, ele o deve fazer, principalmente quando se trata de direitos mínimos.

Conforme enfatiza Sergio Fernando Moro (2001, p.111), o direito a prestações materiais mínimas, por sua íntima e indissociável vinculação às liberdades e à democracia, deve ser efetivado pelo poder judiciário, ainda que a norma regulamentadora não exista, ou seja deficiente. Aqui, os limites à efetivação ainda existem, mas, neste caso, observa-se uma obrigatoriedade de o juiz tornar realidade o direito em questão.

Daí, podemos inferir que o Poder Judiciário não pode negar-se a efetivar um direito fundamental, sob pena de incorrer em comportamento manifestamente inconstitucional, já que se omitiu em resguardar um direito, finalidade esta a mais nobre que o Poder Judiciário pode exercer.

#### **4.10 Normas Constitucionais Programáticas**

As normas constitucionais programáticas, na classificação proposta por José Afonso da Silva, ao lado das normas constitucionais de princípio institutivo, fazem parte das normas constitucionais de eficácia limitada.

Passaremos, agora, a estudar as características das normas programáticas, os motivos que levaram ao seu surgimento, o seu conceito, a sua

importância no ordenamento jurídico e, porque não, a sua aplicabilidade, bem como seus tipos de eficácia.

Segundo Luís Roberto Barroso (2000, p.116):

Na esteira do Estado intervencionista, surgido do primeiro pós-guerra, incorporaram-se à parte dogmática das Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais, regras destinadas a conformar a ordem econômica e social a determinados postulados de justiça social e realização espiritual, levando em conta o indivíduo em sua dimensão comunitária, para protegê-lo das desigualdades econômicas e elevar-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Algumas dessas normas definem direitos, para o presente, que são os direitos sociais [...]; outras contemplam certos interesses, de caráter prospectivo, firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamento, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

As normas constitucionais programáticas se caracterizam por definir parâmetros para atuação do Estado, visando efetivar determinados direitos aos cidadãos, principalmente de cunho social, mas que, geralmente, demandam tempo e possibilidade para sua realização. “São trazidas no texto supremo apenas em *princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários” (SILVA, 2009, p.137).

Segundo Pontes de Miranda (1967, p.126-127):

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de edictar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a êsses ditames, que são como programas dados à função legislativa.

Veja-se, então, que as normas constitucionais programáticas definem o modo por meio do qual os Estados devem se orientar para a efetivação do direito por ela previsto. Em outras palavras, as normas programáticas dizem “*para onde se vai e como se vai*” (MIRANDA, 1967, p.127).

Para Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p.137), as normas programáticas:

[...] são normas jurídicas inseridas na Constituição Jurídica que representam uma tentativa do constituinte em conciliar os interesses opostos dos grupos sociais, tendo conteúdo econômico-social, função eficaz de programa, que, entretanto, obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios que por eles devem ser cumpridos.

Quanto à vinculação dos poderes públicos aos comandos das normas programáticas, Paulo Bonavides, lastreado na doutrina de Crisafulli (2008, p.246-247), ensina que:

Em rigor, a norma programática vincula comportamentos públicos futuros. Mediante disposições deste teor, o constituinte estabelece premissas destinadas, formalmente, a vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, a regulamentar uma certa ordem de relações.

Note que estas normas não deixam ao arbítrio do legislador ordinário o que se deve fazer, já que o direito deve ser obrigatoriamente efetivado. O que elas não disciplinam, de regra, é a maneira como esses direitos devem ser efetivados e o tempo em que devem ser efetivados. “Nesta ótica, ao legislador fica a opção acerca da ponderação do tempo e dos meios em que as normas programáticas vêm a ser revestidas de eficácia” (PIOVESAN, 2003, p.74).

No entanto, talvez o maior problema da norma programática não é enxergar o direito que ela protege, e nem a maneira como este direito seja concretizado, mas o tempo necessário para que esse objetivo seja alcançado, o que pode dificultar o controle judicial em caso de possível omissão inconstitucional.

#### 4.10.1 A imperatividade das normas constitucionais programáticas

Todas as normas constitucionais, pelo simples fato de integrarem o corpo normativo da Constituição, partilham da sua característica de ser suprema. Dessa forma, se as normas constitucionais programáticas integram o corpo constitucional, elas também compartilham da juridicidade suprema, constringendo todo o ordenamento jurídico aos seus comandos.

Assim é o entendimento de Regina Nery Ferrari (2001, p.173):

Quando se fala em normas que indicam fins ao Estado, bem como o estabelecimento de programas para atingi-los, se está a considerar a materialidade das normas constitucionais, em que pese já estar pacificado o entendimento que qualquer que seja a matéria conteúdo da norma, o fato de estar inserida em uma Constituição formal, a faz compartilhar da mesma natureza de todas as suas outras normas, da sua imperatividade maior, da sua supremacia frente a todo universo jurídico normativo estatal.

Embora isso possa parecer óbvio, nos dias de hoje, “não resultou fácil contudo na região da doutrina estabelecer-lhe juridicidade normativa” (BONAVIDES 2008, p.244), já que essas normas são, “às vezes assaz obscuras e vagas” (MIRANDA, 1967, p.127).

Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2000, p.118):

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam com enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico aos dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.

Portanto, as normas constitucionais programáticas, hoje, não são mais vistas como meras intenções, destituídas de juridicidade e poder vinculante, sendo capazes, hoje, de constringer o ordenamento jurídico aos seus comandos, inclusive

o comportamento dos poderes públicos. Assim, “ao falar em normas programáticas, não é possível questionar a sua imperatividade, mas apenas a sua efetividade” (FERRARI, 2001, p.172).

#### **4.10.2 Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**

Já vimos, no tópico anterior, que as normas constitucionais programáticas são dotadas de juridicidade vinculante. Sendo assim, veremos, agora, as variadas espécies de efeitos, apontados pela doutrina, que tais normas podem exercer.

Trataremos, nos tópicos seguintes, da eficácia de revogação, da eficácia de constrangimento, da eficácia interpretativa e da eficácia de aplicação. É claro que existem outros de eficácia, tais como a de integração, trazida por Teixeira Meirelles (1991, p.341), mas não é nosso objetivo, aqui, alongar-nos neste tema.

##### **4.10.2.1 Eficácia de revogação**

A nova ordem constitucional possui o poder de revogar a ordem constitucional anterior, afastando a existência jurídica de todas as normas destas, a menos que preveja em sentido contrário, impondo-se, como dominante, no meio social que lhe deu origem.

#### 4.10.2.2 Eficácia de constrangimento, negativa ou de bloqueio

Da mesma forma que a nova ordem constitucional possui o poder de revogar a ordem constitucional anterior, ela também tem o poder de constranger todo o sistema jurídico do qual representa o fundamento de validade.

Isto significa dizer que as normas infraconstitucionais anteriores que colidam com a nova ordem constitucional não serão recepcionadas por esta, por carência de validade.

Da mesma forma, os poderes públicos também não podem contrariar o que estas normas dispõem, sob pena de inconstitucionalidade, passível de conformação (compatibilização) por constrangimento.

Já dizia Pontes de Miranda que se algo do que era programático entrou no sistema jurídico, “cerceou-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter *outro* programa” (1967, p.127).

Nesta mesma linha, Luis Roberto Barroso (2000, p.119):

As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da Diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente.

Portanto, as normas programáticas possuem eficácia negativa, “consustanciada na virtude de proibir a prática de atos contrários ao comando da norma, especialmente os legislativos” (SOUZA, 2004, p.27).

Maria Helena Diniz (2003, p.121) diz que a eficácia negativa se traduz “numa espécie de bloqueio a futura atividade do órgão público competente para produzir normas”.

#### 4.10.2.3 Eficácia interpretativa

As normas constitucionais programáticas, como orientam a atuação do estado, por meio de determinação de programas a serem promovidos, visando à promoção da justiça social, da igualdade, bem como outros valores democráticos essenciais, orientam, também, a interpretação do ordenamento jurídico.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p.157):

A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma *eficácia interpretativa* que ultrapassa, neste ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que consistem em vetores da aplicação da lei.

Essa eficácia interpretativa se destina, principalmente, ao poder judiciário, já que este, quando da apreciação do caso posto sob sua análise, deverá sempre julgar de acordo com os princípios constitucionais, valores ideais de justiça e igualdade, os quais estarão esculpidos nas normas definidoras dos fins sociais a que o Estado deve cumprir.

Nos dizeres de José Afonso da Silva (2009, p.158), as normas programáticas:

[...] se manifestam exatamente sobre aqueles *critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspiram a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição*, como todo intérprete e aplicação do direito objetivo.

Neste sentido é o entendimento de Flávia Piovesan (2003, p. 68-69):

[...] as normas programáticas compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas, apresentando matéria

eminentemente ético-social. Condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte. Apontando aos valores sociais e especialmente ao da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação.

Teixeira Meirelles (1991, p.340-341) anota que as finalidades, diretrizes e princípios, consagrados nas normas constitucionais programáticas, não de servir de valiosíssimo elemento de interpretação, tanto das demais normas constitucionais, como do ordenamento jurídico em geral. Isso porque as normas programáticas revelam, com mais autenticidade, o espírito da constituição, o que constitui a motivação de outras normas constitucionais e ordinárias.

Dessa forma, quando da aplicação do direito ao caso concreto, o poder judiciário deve sempre balizar sua interpretação de acordo com esses valores supremos, a fim de realizar a justiça.

#### **4.10.2.4 Eficácia de aplicação**

Neste tópico trataremos da possibilidade de aplicação das normas constitucionais programáticas. Assim, teremos que analisar se estas normas produzem ou não efeitos de aplicação.

Durante muito tempo negou-se juridicidade às normas programáticas, em razão de que seriam meras intenções e diretrizes a serem seguidas pelo legislador ordinário. Entretanto, como já ficou demonstrado, estas normas são cogentes, devendo os poderes públicos efetivarem os programas que elas determinam, pois estas normas tem um compromisso com a justiça. Dessa forma, a concretização de seus programas contribuirá para a formação de uma sociedade justa e igualitária.

Pertinente, aqui, a observação feita por Paulo Bonavides (2008, p.251):

[...] a programaticidade das Constituições será contudo um mal se não se servir também ao direito, se não for para o Poder um instrumento de racionalização e eficácia governativa, se não vier embebida de juridicidade, se não representar aquele espaço onde o espírito da Constituição elege o seu domicílio e se aloja, mas ao contrário, venha a transformar-se nos Estados de constitucionalismo débil e apagada tradição jurídica em cômodo asilo das mais rudes transgressões constitucionais. A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de direito. Fora da Constituição haverá lugar para tudo, menos para uma ordem jurídica assentada na legalidade e legitimidade do Poder, segundo os critérios da sociedade democrática, inspirada nos valores ocidentais.

É justamente com a preocupação de manter o espírito constitucional íntegro, e as paredes do constitucionalismo intacto, fortificado o bastante para sobreviver a colisões subversivas, que este trabalho se desenvolve, procurando inovar na forma de analisar como se dá aplicação dos preceitos constitucionais, bem como os meios que lhe asseguram.

Primeiramente, temos que salientar que as normas constitucionais programáticas, assim como todas as normas, podem, ou não, depender de regulamentação para se tornar aplicável. Isto é, podem depender de intermediação legislativa ou promoção de políticas públicas para que seja efetivamente aplicada.

Neste caso, podemos afirmar que a estas normas aplica-se o mesmo regime jurídico das normas constitucionais não regulamentadas. Dessa forma, se as normas programáticas encerrarem um direito subjetivo, constatando-se a omissão dos poderes públicos, será possível a sua aplicação por determinação judicial.

Assim, se um cidadão acionar o poder judiciário, visando a implementação do fim social previsto na norma programática, o magistrado deverá analisar, à luz do caso concreto, se aquela norma efetivamente gera um direito subjetivo. Em sendo positivo, revelar-se-á um dever do Estado em efetivar tal direito, em que, diante de recusa de efetivação, esta poderá ser determinada por imposição judicial.

É claro que vários assuntos são postos em cheque quando do controle judicial das omissões inconstitucionais, tais como o dogma da separação dos

poderes, uma falaciosa ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, dentre outros argumentos.

Sendo assim, nos capítulos posteriores, estudaremos estes assuntos, demonstrando quais são as formas de controle judicial das omissões inconstitucionais, além de tentarmos desmistificar os dogmas que contrariam tal postura do Judiciário.

#### **4.11 Normas Programáticas e Imposições Constitucionais na visão de Canotilho**

Devido às características da teoria desenvolvida por este doutrinador português, dentre as quais as nomenclaturas próprias que se utiliza, em sua obra intitulada “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, preferimos tratar o assunto em tópico próprio.

Em relação à teoria de Canotilho, temos, primeiramente, que tratar das imposições constitucionais. Segundo ele, imposições constitucionais é a designação que se dá para “as normas constitucionais quem impõem, através de ordens, instruções e directivas, a realização de tarefas e a prossecução de fins” (1994, p.294).

Importante destacar, desde já, que as normas constitucionais programáticas não se confundem com as imposições constitucionais. Mas isto será visto mais adiante, depois de breves considerações acerca das imposições constitucionais.

Nota-se que as imposições constitucionais não se aplicam somente ao legislador, já que podem “abranger outras ordens ou outras imposições que não apenas as de legiferação” (1994, p.295). Além do mais, não se poderia afirmar, categoricamente, que o legislador é sempre o destinatário das imposições constitucionais.

Canotilho, ao tratar das imposições constitucionais, salienta que (1994, p.297-298):

O problema das imposições constitucionais coloca-se hoje nos seguintes termos: existem preceitos constitucionais que constituem verdadeiras ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir uma ou várias leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.

Conforme se denota, essas normas, segundo Canotilho, não são aplicáveis por si só, pois dependem de intermediação dos Poderes Públicos para que possam ser concretizadas. Note, então, que não há vinculação obrigatória de que essa intermediação seja feita apenas pelo órgão legislativo, já que tal intermediação pode ser dirigida a outro órgão constitucionalmente competente para efetuá-la.

Quanto à juridicidade das normas definidoras de fins e tarefas do Estado, Canotilho é enfático ao dizer que (1994, p.298-299):

Não obstante se apontar ainda hoje um momento utópico a certas imposições constitucionais, estamos já longe dos simples programas, proclamações, exortações morais, declamações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, determinações programáticas, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade.

Dessa forma, alinhando-se à mais abalizada doutrina, Canotilho também reconhece a juridicidade vinculante e imperativa das normas constitucionais definidoras de fins do Estado. Não se trata de meros conselhos, como outrora se afirmou, mas de verdadeiras imposições constitucionais, devendo ser cumpridas e efetivadas, pois assim a Constituição ordenou. “A concretização legislativa das normas constitucionais é uma consequência da positividade jurídico-constitucional das imposições; é esta positividade que obriga à tarefa da conformação legislativa” (1994, p.301).

Anota-se, entretanto, que reconhecer a juridicidade vinculante das normas definidoras de fins e tarefas do Estado não faz com que os problemas que envolvem a sua aplicação desapareçam, já que “a definição do *modus* específico da executividade das normas constitucionais e a extensão da força dirigente das mesmas são problemas que continuam em discussão” (1994, p.301).

Embora a força diretiva destas normas não tenha tratamento unânime entre os doutrinadores, parece pacífico, ao menos, o posicionamento de se reconhecer a eficácia interpretativa que elas exercem no ordenamento jurídico. Segundo Canotilho (1994, p.301):

Todos os órgãos concretizadores das normas constitucionais estão juridicamente vinculados a considerar esses preceitos como parâmetros interpretativos, não só nos casos de nova regulamentação mas também da actividade interpretativa do direito existente.

Como se vê, a eficácia interpretativa da imposição constitucional é dúplice, referindo-se tanto a aspecto balizador da edição de novas normas, que aos seus preceitos devem observar, quanto às normas já existentes, que devem ser interpretadas sistematicamente de acordo com os seus comandos.

Com efeito, segundo anota Canotilho, as imposições constitucionais são um importante elemento de interpretação, a ser levado em conta pela administração pública e pela jurisdição (1994, p.295). Além do mais, (1994, 295-296) “é admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz e à administração”.

Como já dissemos em oportunidade anterior, Canotilho não comunga da posição que defendemos, neste trabalho, sobre a possibilidade de realização judicial dos direitos previstos nas normas não regulamentadas.

Segundo anota (1994, p.303):

A abordagem processual, pese embora a relevância dos problemas da operatividade prática das imposições, é inadequada para captar a problemática da realização constitucional das imposições dirigentes. A

dependência das imposições constitucionais de uma eventual acção de defesa dos cidadãos torna sem sentido o problema nos sistemas constitucionais [...] em que não há consagração de uma *Verfassungsbeschwerde* ou instituto semelhante. Em segundo lugar, limita o problema da realização das imposições legiferantes a um problema de realização judicial (melhor: à possibilidade de sanção ou ordem judicial), quando, na verdade, o momento essencial é a realização legislativa, político-constitucionalmente imposta.

Como se depreende de suas idéias, Canotilho não admite a intervenção judicial para concretização de uma imposição constitucional não regulamentada, porque ele analisa a questão sob um ângulo diferente. Para ele, o enfoque não deve ser dado à realização judicial, mas sim à realização legislativa. Isto é, o poder legislativo tem o dever constitucionalmente imposto de editar a norma, então este o deve fazer.

Em sua visão (1994, p.303):

A conciliação e confrontação do jurídico-constitucionalmente imposto pela lei fundamental com o que é politicamente executado pelo legislador exige a consideração de varias dimensões – metódicas, teórico-constitucionais, dogmático-constitucionais, e políticas –, e não apenas a consideração unilateral do controlo das omissões legislativas.

“A concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um acto” (1994, p.304). Assim, não se poderia reduzir a concretização constitucional a uma imposição judicial, até mesmo porque, não haveria, no plano político, “uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido da realização dos fins e tarefas constitucionais” (1994, p.304).

Podemos, concluir, então, que o problema gira em torno da legitimidade. O Poder Judiciário não teria legitimidade para controlar as omissões inconstitucionais, por meio da realização das imposições constitucionais, porque a concretização destas é matéria afeta ao campo da política, devendo ser resolvida por uma constante luta democrática renovadora.

Sendo assim, “a concretização das imposições legiferantes postula a confiança da constituição no esforço do legislador democrático (no sentido da actualização normativa dos preceitos materialmente impositivos” (1994, p.307). E

esta mesma confiança não seria estendida ao poder judiciário, posto que não poderia proceder à concretização dos preceitos materialmente impositivos.

Embora não admita a possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais, Canotilho não deixa de asseverar que ao legislador é imposto dever de edição da norma, ou, ao menos, possui liberdade constitucional vinculada à edição desta norma. Nas suas palavras (1994, p.306):

[...] a constituição não se concebe sob reserva do legislador, motivo pelo qual a liberdade de conformação legislativa se estende como liberdade jurídico-constitucionalmente vinculada. Donde se segue que a vinculação do legislador, pela constituição, postula o cumprimento das tarefas ordenadoras ou conformadoras que esta lhe impõe [...].

E continua (1994, p.307):

[...] o facto de as normas constitucionais terem necessidade de conformação legislativa explica a limitação de liberdade do legislador quanto ao se da iniciativa legiferante. A legislação é um *médium* necessário para a actualização-concretização das normas constitucionais e, por isso, a liberdade do legislador democrático aparece jurídico-constitucionalmente vinculada à iniciativa da lei.

Esta vinculação dos órgãos legiferantes aos comandos constitucionais impositivos adquire especial feição quando se trata de direitos fundamentais. Neste sentido, Canotilho é enfático ao dizer que (1994, p.314):

A submissão jurídico-normativa do legislador aos preceitos constitucionais é inquestionável: o dogma da soberania da lei e do legislador, positivamente ou decisionisticamente formulado, está sepultado; a autonomia do legislador sofre uma compressão material inequívoca no âmbito dos direitos fundamentais; a ordem constitucional afirma-se como prevalência da constituição relativamente às leis, com a conseqüente exclusão de uma liberdade das leis no sentido de actos juridicamente livres da constituição.

Entretanto, a pergunta que se faz é: se o legislador possui um dever jurídico constitucionalmente imposto, mas não se pode exigir seu cumprimento pela via judicial, como obrigá-lo a editar a norma?

Esta problemática não passou despercebida por Canotilho, pois adverte que para acharmos a solução deste problema, a questão deve-se deslocar do campo das garantias tão somente jurídicas para o terreno das garantias democráticas (1994, p.348).

Segundo ele, a concretização das normas programáticas, dos direitos sociais, econômicos e de outras normas reconduzíveis a preceitos impositivos, conduz “à luta pela *participação* e pela reclamação de instrumentos de *democracia directa*” (1994, p.348).

Anota-se que quando se fala em democracia direta, não se está a tratar de mecanismos plebiscitários, mas o “reconhecimento de *acções populares* ou do *direito de iniciativa legislativa popular* que permitam ultrapassar os casos de não decisão inconstitucionais, potenciados pela eventual existência de uma estrutura super-representativa e ultra-partidária” (1994, p.348).

Portanto, na visão deste constitucionalista português, a tarefa de realização constitucional não é um dever a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, mas “uma tarefa político-normativa de todos os órgãos de direcção política e de todos os cidadãos com vontade de constituição” (1994, p.351).

Chegou, por derradeiro, a hora de diferenciar as normas constitucionais programáticas das imposições constitucionais. Conforme nos explica Canotilho (1994, p.315):

Não obstante serem imposições – e imposições permanentes e directivas materiais positivas –, elas não configuram as imposições constitucionais no sentido restrito que aqui lhes vai ser dado. É que, *as imposições constitucionais são imposições permanentes mas concretas, ao passo que as normas programáticas (as determinações de tarefas do Estado ou os princípios definidores dos fins do Estado) são imposições permanentes mas abstratas.*

Portanto, segundo Canotilho (1994, p.316), não se pode estender o significado das imposições constitucionais às normas programáticas, justamente porque isso lhe seria roubar a essência daquelas (seu sentido específico).

Entretanto, segundo Canotilho (1994, p.366), os direitos fundamentais a prestações equivaleriam às normas constitucionais programáticas, o que

demandariam concretização por meio da ação legislativa. Em última análise, os direitos a prestações não se diferenciariam das normas programáticas.

Conforme nos ensina (1994, p.368-369):

Um aspecto verdadeiramente nuclear, sob o ponto de vista da constituição dirigente, é o da dependência legal dos direitos fundamentais que pressupõem prestações do Estado (*Leistungsgrundrechte*). Fala-se aqui, para salientar a necessidade de *initerpositio legislatoris*, de direitos fundamentais sob reserva de medida legal, ou de *leges imperfectae*. O acto de transformação do legislador democrático surge, assim, não tanto como um acto que transforma as pretensões abstractas das normas constitucionais em pretensões subjectivas individuais, mas como acto criador de pressupostos concretos, necessários ao exercício de um direito social. A realização dos direitos fundamentais é, neste sentido, um importante *problema de competência constitucional*: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.

Embora Canotilho reconheça que o legislador possui um dever constitucionalmente imposto de legislar, no sentido de transformar a pretensão abstracta em direito subjetivo concreto, ele acaba por defender que a esse dever não corresponde uma pretensão jurídico-subjetiva, autonomamente acionável, de compelir o legislador a cumprir com o seu dever (1994, p.369), até mesmo porque “os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária” (1994, p.371).

Entretanto, mesmo que não se possa compelir, judicialmente o legislador a concretizar o dever que lhe foi imposto, pondera Canotilho que (1994, 369-370):

*O legislador inactivo suporta uma censura jurídico-constitucional de violação de direitos fundamentais equivalente à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade e propriedade dos cidadãos. Afirma-se, assim, implicitamente, que a distinção entre ingerência (coacção) e prestação deixou de ser o padrão dogmático da tutela dos direitos fundamentais e que o grau de vinculatividade jurídico-constitucional dos direitos com dimensão programática não é menor do que o dos direitos-garantia, dotados de justiciabilidade autónoma.*

Feitas essas brevíssimas considerações sobre os ensinamentos de Canotilho, optamos por encerrar o tópico, posto que a análise feita já é suficiente

para demonstrar as posições defendidas por este constitucionalista português, além do que não é nosso objetivo analisar minuciosamente sua obra, mas apenas os aspectos relevantes.

#### **4.12 Ponderações Finais: o Dilema de Têmis**

Nota-se, hoje, que os poderes eletivos encontram-se defasados e incapazes de acompanhar a evolução social. Embora representem a vontade dos seus eleitores, os representantes encontram-se amarrados pelo jogo político e pela corrupção dos bastidores do poder.

Ante a incapacidade do legislador em editar normas técnicas e adequadas, e ante aos excessos hipertróficos do poder executivo, os cidadãos são condenados à segregação social em razão da não efetivação dos seus direitos mais básicos.

Numa época em que os poderes constituídos eletivos se encontram decadentes e entrelaçados, por si só e entre si, cada vez mais com a mácula da corrupção e da indiferença para com a sociedade, surge a necessidade de mudança, para concretização de uma sociedade democrática, com o respeito aos fins do direito e aos direitos fundamentais dos cidadãos.

É neste cenário que o Poder Judiciário ganha relevância ao tratar de questões que estariam, a princípio, afetas aos outros poderes, mas que por inércia destes encontram-se renegadas, seja no cenário político, seja no cenário jurídico da vida social. Assim o acontece com as normas regulamentadoras que, por não serem editadas, tolhem a Constituição na sua eficácia.

Neste sentido, o Poder Judiciário, como guardião dos direitos dos cidadãos, tem assumido para si o dever de tomar as decisões necessárias para a manutenção do Estado Democrático de Direito, o controle dos demais poderes e adequação dos preceitos da Constituição à vida em sociedade, ainda que para isso

tenha que indiretamente legislar ou estender o alcance de determinada norma constitucional.

Entretanto, pelo fato de seus membros não compartilharem da investidura pelo voto, esta postura pró ativa do poder judiciário não é bem vista por alguns. Para estes, somente a legitimidade do voto permitiria tal atuação, usurpada dos poderes eleitos.

Porém, os poderes legitimados pelo voto parecem não estar comprometidos com as necessidades da população. Não há dessa forma, contraprestação destes poderes com os cidadãos que os elegeram, gerando abuso de poder.

Segundo Marcelo Neves (2009, p. 102):

A Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a “divisão de poderes” quanto os direitos fundamentais. [...] Trata-se, porém, de instituições inseparáveis na caracterização do Estado Democrático de Direito. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a “divisão de poderes”, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder.

A ilegalidade do poder não se observa somente na hipertrofia de funções, mas também na negligência do dever de atuação constitucionalmente conferido a um órgão. Dessa forma, ambas as situações são merecedoras de controle jurídico, já que ambas geram prejuízos.

O fato é que os poderes eleitos se encontram inertes e ante essa situação o Poder Judiciário faz o que deve fazer, e continua fazendo o que é necessário para arrancar a ideologia presente nos textos da Constituição e aplicá-la concretamente, concedendo direitos legítimos aos cidadãos.

Têmis, a deusa da justiça, inicialmente foi concebida pela imagem da venda tapando seus olhos, representando sua imparcialidade no julgamento do caso que lhe é submetido à análise. Entretanto, por estar de olhos fechados, não conseguia ver à sua frente a realidade social que clamava por mudança e proteção. Uma deusa, que por ser cega, ignorava a repercussão social de suas decisões e os abusos e ilegalidades cometidos pelas outras instituições do poder.

Basta! A concepção de uma justiça cega se perdeu no tempo. Estamos diante de uma postura inovadora do poder judiciário, que retirou a venda de seus olhos e os abriu para a realidade social que o cerca. Abrindo os seus olhos viu a decadência e ineficácia dos demais poderes e decidiu se libertar das amarras dogmáticas que o tornavam passivo, e porque não dizer submisso.

Assim, em razão da omissão dos poderes eleitos, Têmis se auto afirma numa postura diferenciada, legitimada pelos mandamentos constitucionais de concretização dos direitos fundamentais.

Portanto, neste trabalho, dar-se-á preferência à intermediação judicial como meio de solução das omissões inconstitucionais legislativas e executivas. Trabalhamos, principalmente, com o constrangimento judicial do agente constitucional eleito, bem como a supressão judicial da omissão inconstitucional dos demais poderes.

Salienta-se, assim, “o importante papel dos poderes constituídos, particularmente do Poder Judiciário, ao suprir falhas decorrentes da inércia dos demais poderes” (FERRAZ, 1986, p.229).

Acontece que a atuação inovadora do Poder Judiciário, no campo do controle das omissões inconstitucionais, não é majoritariamente aceita. Vários pontos são citados como empecilho à concretização judicial da Constituição, tais como: [1] ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário; [2] afronta ao dogma da separação dos poderes; [3] indevida judicialização da política; [4] tal atuação inovadora transformaria o Poder Judiciário em um super-poder; dentre outros.

Sendo assim, antes de analisarmos o efetivo controle judicial das omissões inconstitucionais, estudaremos, nos próximos capítulos, o princípio da separação dos poderes e a (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário, pois estas são as principais barreiras contra a atuação judicial concretizadora.

Tentaremos, então, desmistificar tais argumentos, demonstrando que a atuação do Poder Judiciário, desde que preenchidos alguns requisitos, não só é legítima, mas também necessária à efetiva concretização da Constituição.

## 5 DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 5.1 Questões Iniciais

Como vimos no capítulo passado, várias são as questões opostas à possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais. Uma dessas barreiras “intransponíveis” seria o dogma da separação dos poderes, razão pela qual, neste capítulo, debruçaremos-nos sobre o tema.

Primeiramente, para apaziguar os desesperados por nomenclatura, cumpre-nos aqui, fazer uma breve explicação sobre a expressão “poderes” e o sentido na qual está sendo empregada neste trabalho.

É completamente pacífico, e exaustivamente lembrado, que a soberania é una e indivisível, isto é, o poder estatal, denominado soberania, é impossível de ser fracionado. Tal poder, “uno e indivisível em sua essência, apenas se divide em suas manifestações exteriores, isto é, em seu exercício, através dos órgãos do Estado” (TEIXEIRA, 1991, 571).

Note, então, que o Estado, enquanto ente, detém o monopólio da soberania, que é una e indivisível, mas o exercício dessa soberania é realizado pelos órgãos que o compõe. Isto é, embora seja una e indivisível, a manifestação da soberania só será possível através da criação de órgãos que se especializem no exercício de cada uma de suas funções.

Com efeito, segundo preleciona Meirelles Teixeira (1991, 571):

Se, entretanto, uno é o poder político em sua origem, em sua essência e em sua atuação originária, através do Poder Constituinte, ele se divide, todavia, em seu exercício, já pela sua natureza racional e responsável, já pelo princípio da divisão de trabalho, para atender à complexidade das tarefas estatais e à conseqüente necessidade de especialização dos órgãos estatais, no desempenho dessas tarefas.

Segundo o supracitado autor, a divisão do exercício do poder pode dar-se por: a) funções e órgãos, caso em que receberá o nome de divisão funcional; ou b) por território, caso em que receberá o nome de divisão espacial (1991, p.572).

Interessa-nos, aqui, a divisão funcional das tarefas atinentes à soberania. “É incorreto, portanto, falar-se em ‘divisão do poder político’, pois este não se divide. Dividem-se as *funções*, os *atos* em que se concretiza o exercício deste poder” (TEIXEIRA, 1991, p.572).

“A divisão segundo o critério funcional é a célebre ‘separação de Poderes’, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição” (MORAES, 2007, p.385).

Portanto, quando se fala em princípio da separação de poderes, “‘poder’, aqui, significa apenas *conjunto de órgãos do estado, aos quais se atribui certa função específica*, como tarefa principal e, ao lado dela, uma participação acessória em outras funções” (TEIXEIRA, 1991, p.575). Não se está usando poder, então, na acepção de soberania, mas sim nas funções que se manifestam pelo seu exercício.

Além do mais, preferimos utilizar o termo “poder”, ou “poderes”, porque foi a nomenclatura utilizada pela nossa Constituição Federal de 1988, ao profetizar, em seu artigo 2º, in verbis: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Hoje, tem-se a consciência de que as três funções principais do Estado, quais sejam, Executiva, Legislativa e Judiciária, “devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade”. Entretanto, essa é uma construção teórica moderna.

Veja que a separação dos poderes, enquanto doutrina teórica, foi desenvolvida por vários estudiosos ao longo da história, ainda que não exatamente com esse nome. De qualquer forma, esta doutrina assumiu características peculiares de acordo com cada época, sendo influenciada por ideologias, interesses políticos, dentre outros fatores.

Em determinadas épocas da história, havia o fenômeno da “*confusão de poderes*, isto é, da cumulação das funções do Estado em um só indivíduo ou

órgão estatal” (TEIXEIRA, 1991, p.576). Entretanto, esta situação configura, hoje, “mera curiosidade histórica, ou flagrante exceção no panorama do constitucionalismo moderno, como signo que é do absolutismo político ou do Estado totalitário” (TEIXEIRA, 1991, p.576).

Objetivamos, neste capítulo, o estudo da evolução da doutrina da separação dos poderes, especialmente o enfoque dado ao Poder Judiciário, analisando suas principais manifestações ao longo da história.

Neste sentido, estudaremos a evolução desta doutrina, analisando a concepção dada por Thomas Hobbes, absolutista fervoroso; mostrar a clássica tripartição dos poderes elaborada por Montesquieu; apontar a influência do constitucionalismo federalista americano; bem como centrar o estudo nas modernas faces do Estado Social e Democrático de Direito. Nestas análises, como já se alertou, dar-se-á preferência na análise do tratamento que foi dado ao Poder Judiciário.

## **5.2 A relação entre poderes segundo Aristóteles**

Aristóteles, em sua obra “A Política”, foi um dos primeiros pensadores a propor a divisão de funções do Estado. Com efeito, há em todo o governo “três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência dos particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos” (2009, p.147-148).

Segundo preleciona (2009, p.148):

Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra,

da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado.

Aristóteles, analisando as classes de pessoas que devem existir num Estado, já pronunciava a necessidade de “alguém que administre a justiça e se pronuncie sobre o direito de cada um”, o que ele acabou denominando de “intérpretes da justiça civil” (2009, p.127).

O referido autor afirma que os Estados têm a necessidade da instituição que resolve, em caso de disputa, o direito dos cidadãos. Neste caso, tal instituição deve ser sábia e justa, o que reclama homens eruditos na ciência política (2009, p.128).

Além disso, em sua época, todos os homens públicos deveriam se dedicar única e exclusivamente ao Estado, o que não era uma tarefa a ser confiada a todos. Talvez seja essa razão que levou Aristóteles a afirmar que, em relação a aqueles que se deseja ver assíduos como juizes, dever-se-ia aplicar multas, a fim de que eles façam justiça (2009, p.150), isto é, para que efetivamente exerçam a função que lhes foi designada.

Vê-se, então, que Aristóteles já propugnava um projeto de separação de poderes, prevendo, inclusive, uma função judicial. Entretanto, esta função revela-se, em razão da relação cidadão-Estado, como um ônus, ou uma obrigação, caso em que se prescreviam meios coercitivos para que os cidadãos a exercessem de maneira efetiva.

### **5.3 A relação entre poderes segundo Thomas Hobbes**

Thomas Hobbes, em sua obra “Leviatã”, analisa o poder sempre do ponto de vista do soberano. O referido autor defende que a única maneira de instituir um poder comum, capaz de defender todos os homens, seja contra as invasões estrangeiras, seja contra eles mesmos, é conferir toda a sua força e poder a um só

homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir todas as suas vontades a uma só vontade (2008, p.147).

Nas palavras de Hobbes (2008, p.147):

[...] Isto é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações.* [...]

Essa união de todos os homens numa só pessoa chama-se República. Esta é a geração do grande Leviatã, daquele “Deus Mortal”, ao qual se deve, abaixo do “Deus Imortal”, a paz e a defesa. Em razão da autoridade que lhe é dada por cada indivíduo da república, confere-se a tal pessoa o uso de tamanho poder e força, que o terror assim inspirado, torna-a capaz de conformar as vontades de todos os homens, garantindo a paz no próprio país e a proteção contra os inimigos estrangeiros (2008, p. 147-148).

É nesta pessoa que reside a essência da República, e pode ser definida como (HOBBS, 2008, p.148):

[...] *Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por todos como autora, de modo que ela pode usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comuns.*

Esta pessoa, que reúne o governo de todos os homens, recebe o nome de soberano, e dele se diz que possui *poder soberano*. Os demais homens, subordinados à autoridade do poder soberano, recebem o nome de súditos (2008, p.148).

Segundo Hobbes, o poder soberano pode ser formado de duas formas: por instituição ou por aquisição. O poder soberano por instituição se observa na hipótese já estudada, isto é, quando os homens se submetem a outro homem, ou a uma assembléia de homens. Por outro lado, o poder soberano por aquisição se

observa, principalmente, em razão do uso da força natural, na medida em que é capaz de destruir aqueles que não se submetam à sua autoridade (2008, p.148).

Quando da análise do poder soberano por instituição, Hobbes elenca sete direitos que lhe constituem a essência e que, por esta razão, constituem as marcas pelas quais se podem distinguir em que pessoa, ou assembléia de homens, reside o poder soberano (2008, p.155). Dentre estes sete direitos, analisaremos somente dois, quais sejam: o direito de prescrever regras atinentes à propriedade e o exercício da autoridade judicial.

Hobbes defende que está anexada à soberania de todo o poder, o direito de prescrever regras através das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais ações pode praticar: seria a isto que os homens chamam de *propriedade* (2008, p.153). Veja a forte influência da propriedade já em Hobbes, que seria mantida ainda nos fundamentos de Locke, como se verá a seguir.

Elenca-se, ainda, dentre os direitos do soberano, a autoridade judicial, quer dizer, “o direito de ouvir e julgar todas as controvérsias que possam surgir com respeito às leis, tanto civis como naturais, ou com respeito aos fatos. Porque sem a decisão das controvérsias não pode haver proteção de um súdito contra os danos de um outro” (2008, p.154).

Veja que já havia a noção da importância e do próprio âmbito de funções da atividade jurisdicional. Entretanto, não se observa divisão alguma de funções, sendo todas estas concentradas na pessoa do soberano, até mesmo porque as funções são encaradas como direitos do soberano e são “incomunicáveis e inseparáveis” (2008, p.155). Hobbes chega a admitir que as prerrogativas legais podem ser transferidas pelo soberano, mas sem que por isso perca o poder de proteger os seus súditos (2008, p.155).

Em razão da indivisibilidade dos direitos do soberano Hobbes afirma que (2008, p.156):

Como esta grande autoridade é indivisível e inseparavelmente anexada à soberania, há pouco fundamento para a opinião dos que afirmam que os reis soberanos, embora sejam *singulis majores*, ou seja, tenham maior poder do que qualquer dos seus súditos, são *universus minores*, isto é, têm menos poder do que eles todos juntos.

Dessa forma, evidencia-se que o poder do soberano é maior do que qualquer um, ou de todos os homens. Além disso, “do mesmo modo que o poder, também a honra do soberano deve ser maior do que a de qualquer um, ou a de todos os seus súditos. Porque é na soberania que está a fonte da honra” (2008, p.157).

Destaca-se, desde já, uma observação. Thomas Hobbes, em várias passagens de seu livro, legitima as ações do soberano com base no argumento de que se o soberano é instituído por consentimento de todos. Neste sentido, nenhum homem pode contrariar a vontade do soberano, senão estaria contrariando a sua própria vontade.

Então, por exemplo, se todo súdito é, por instituição, autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, então nada que o soberano faça pode ser considerado danoso a nenhum dos seus súditos. Até mesmo porque, se cada indivíduo é autor de tudo o que o soberano fizer, conclui-se que aquele que se queixou do dano causado pelo soberano está se queixando, na verdade, daquilo que ele próprio é autor.

Além disso, Hobbes também tece considerações acerca do poder soberano por aquisição, que segundo ele, difere-se do poder soberano por instituição em apenas um aspecto: neste, os homens escolhem seu soberano por medo uns dos outros, ao passo que naquele os homens submetem-se à pessoa de quem têm medo (2008, p.170).

Entretanto, esta não chega a ser uma diferença muito relevante, pois Hobbes chega a afirmar que, em ambos os casos, os direitos dos soberanos são os mesmos (2008, p.170-171):

Mas os direitos e conseqüências da soberania são os mesmos em ambos os casos. O seu poder não pode, sem o seu consentimento, ser transferido para outrem; ele não perde o direito a esse poder; não pode ser acusado de praticar dano por nenhum dos seus súditos; não pode por eles ser punido. É juiz do que é necessário para a paz, e juiz das doutrinas; é o único legislador, e supremo juiz das controvérsias, assim como dos tempos e motivos da guerra e da paz; é a ele que compete a escolha dos magistrados, conselheiros, comandantes, assim como todos os outros funcionários e ministros; é ele quem determina as recompensas e castigos, as honras e as ordens. [...]

Como descrito, compete ao soberano a escolha dos ministros públicos. “Um MINISTRO PÚBLICO é aquele que é encarregado pelo soberano (quer este seja um monarca ou uma assembléia) de qualquer atividade, com autoridade, no desempenho desse cargo, para representar a pessoa da república” (2008, p.204).

Os ministros públicos podem ser designados a assumir várias funções, dentre elas o poder judicial, pelo fato de que este poder está anexado à soberania. Com efeito, Hobbes pondera que (2008, p.206):

Também são ministros públicos aqueles a quem é concedido o poder judicial. Porque nas suas sedes de justiça representam a pessoa do soberano, e a sua sentença é a sentença dele. Porque, conforme foi declarado, todo o poder judicial está essencialmente anexado à soberania, portanto todos os outros juízes são apenas ministros daquele ou daqueles que têm o poder soberano.

Note a lógica de Hobbes. Como os juízes representam a pessoa do soberano, a sentença daqueles é a sentença deste próprio, até mesmo porque o soberano já está aceito pelos seus súditos como seu juiz (2008, p.207), e o seu poder é absoluto.

Outro aspecto interessante na obra de Hobbes são as leis civis. Leis civis “são aquelas leis que os homens são obrigados a respeitar, não por serem membros desta ou daquela república em particular, mas por serem membros de uma república” (2008, p.225).

Neste sentido, a lei civil “*é para todo súdito constituída por aquelas regras que a república lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente da sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal, isto é, do que é contrário à regra*” (2008, p.226).

Hobbes afirma que em todas as repúblicas, o soberano é o único legislador. Por esta razão, “ninguém pode revogar uma lei já feita, a não ser o soberano, porque uma lei só pode ser revogada por outra lei que proíba a sua execução” (2008, p.227), e esta lei só pode ser efetuada pelo soberano, único legislador.

Note que o soberano de uma república não se encontra sujeito às leis civis, justamente porque pode revogá-las, podendo-se libertar de tal sujeição. Além disso, evidenciando o caráter de legislador único do soberano, um costume prolongado somente adquire autoridade de lei pela vontade do soberano, expressada pelo seu silêncio, e só continua sendo lei enquanto o soberano mantiver esse silêncio (2008, p.227).

Note-se que conflitos podem surgir em razão de tais leis. Neste caso, conforme já demonstrado anteriormente, os juízes deverão realizar o julgamento, na qualidade de ministros públicos nomeados pelo soberano. Conforme explica Hobbes (2008, p.230):

[...] Em todos os tribunais de justiça, quem julga é o soberano (que é a pessoa da república). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que a sua sentença seja conforme a esta, e nesse caso a sentença é do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta.

Veja, então, que em qualquer caso, o juiz “deve tomar cuidado para que a sua sentença esteja de acordo com a razão de seu soberano” (2008, p.231-232). Isso significa que a “interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os interpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súdito deve obediência) venha designar”, porque se a lei assumisse sentido contrário à vontade do soberano, o interprete se tornaria legislador (2008, p.234).

Já se restou fartamente demonstrado que todas as funções, que hoje compõe a chamada doutrina da separação dos poderes, concentravam-se nas mãos do soberano, inclusive a função jurisdicional. Cabe, por fim, então, analisar alguns pontos relevantes em relação ao poder judicial do soberano.

Em sua obra, já naquele tempo, Hobbes profetizava que os juízes deveriam ouvir todas as provas, mesmo nos casos em que se era estabelecida uma presunção legal, caso contrário, estariam se recusando a fazer justiça (2008, p.237). É claro que o conceito de justiça não é o mesmo dos tempos modernos, mas já se observava uma preocupação com a entrega da justiça pelos juízes.

Além disso, Hobbes já mencionava a expressão “equidade” (no mesmo sentido que se emprega hoje, mas com valores de base diferentes, é claro). Segundo ele, a intenção do legislador é sempre a equidade, devendo o juiz aplicá-la ao caso que lhe é submetido. Se, porém, a lei não autorizasse plenamente uma sentença razoável, o juiz deveria supri-la com a lei de natureza ou suspender o julgamento, até receber mais ampla autoridade (2008, p.238-239).

Por fim, Hobbes já elencava, em sua obra, algumas características próprias que todos os juízes deveriam ter, dentre as quais algumas se aplicam ainda hoje, quais sejam: ter correta compreensão da lei principal da natureza (denominada equidade); desprezo pelas riquezas desnecessárias e pelas preferências; ser capaz de, no julgamento, se despir de todo o medo, raiva, ódio, amor e compaixão; além de ter paciência para ouvir, atenção diligente ao ouvir e memória para reter, digerir e aplicar o que se ouviu (2008, p.240).

#### **5.4 A relação entre os poderes segundo John Locke**

John Locke, em sua obra intitulada “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, ao tratar das formas de comunidade civil, isto é, uma comunidade independente, profetiza que a forma de governo depende da atribuição do poder legislativo, pois este é o poder supremo (2006, p.160).

Segundo Locke, “[...] é impossível conceber que um poder inferior possa prescrever a um superior, ou que um outro além do poder supremo faça as leis, a maneira de dispor o poder de fazer as leis determina a forma da comunidade civil” (2006, p.160).

O referido autor tem, como um dos fundamentos de sua teoria, a defesa da propriedade. Com efeito, “o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos” (2006, p.162).

Veja que, embora Locke defenda a supremacia do Poder Legislativo, pois este é o poder supremo de toda comunidade civil, tal poder está sujeito a algumas restrições.

Primeiro: o Poder Legislativo não pode ser exercido de maneira arbitrária sobre a vida ou a fortuna das pessoas. O limite está justamente no bem público da sociedade. Dessa forma, “é um poder que não tem outra finalidade senão a preservação, e por isso nunca tem o direito de destruir, escravizar ou, intencionalmente, empobrecer os súditos [...]” (2006, p.163-164).

Segundo: O Poder Legislativo, como autoridade suprema, não pode governar por decretos arbitrários improvisados, “mas se limitar a dispensar a justiça e decidir os direitos do súdito através de leis permanentes já promulgadas e juízes autorizados e conhecidos” (2006, p.164).

Note-se, aqui, que os juízes, isto é, a função de julgar, era subordinada ao legislativo. Nada mais natural, até mesmo porque, se a função de criar leis é suprema, então a função de interpretar e aplicar a lei deve estar vinculada àquela, sob pena de mitigação de sua autoridade.

Conforme já dito anteriormente, a doutrina de Locke é cuidadosamente construída tendo em vista sempre a proteção da liberdade e da propriedade, que é a finalidade última da lei. Conforme pondera Locke (2006, p.165):

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens; e graças a regras que definissem expressamente o direito e a propriedade.

Ora, o Estado, mediante suas leis, deve garantir a liberdade dos homens, bem como a proteção de seus bens, pois se assim não o fosse, isso implicaria colocarem-se em uma situação “pior que no estado de natureza, onde tinham a liberdade de defender seus direitos contra as injustiças dos outros e se encontravam em igualdade de forças para mantê-los contra as tentativas de indivíduos isolados ou de grupos numerosos” (2006, p.165).

Terceiro: Neste sentido, “o poder supremo não pode tirar de nenhum homem qualquer parte de sua propriedade, sem seu próprio consentimento”, até mesmo porque a propriedade é objetivo do governo e a razão pela qual o homem entrou na sociedade (2006, p.166).

Quarto: O poder legislativo não pode ser transferido por quem o exerce, posto que lhe foi delegado, mas somente pela vontade do povo. Trata-se do entendimento da seguinte passagem (2006, p.168):

[...] O poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar; ele detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros. Só o povo pode estabelecer a forma de comunidade social, o que faz instituindo o poder legislativo e designando aqueles que devem exercê-lo. [...]

Ainda, em sua obra, Locke tece considerações acerca do Poder Executivo, isto é, o poder de executar as leis. O referido autor defende a separação entre a função legislativa e a função executiva do Estado.

Segundo preleciona (2006, p.170):

[...] como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo. [...]

Portanto, é “necessário que haja um poder que tenha uma existência contínua e que garanta a execução das leis à medida em que são feitas e durante o tempo que permanecerem em vigor. Por isso, freqüentemente o poder legislativo e o executivo ficam separados” (2006, p.170-171).

Locke prevê, ainda, a existência do poder federativo. Trata-se de um poder “que se pode chamar de natural porque corresponde ao que cada homem possuía naturalmente antes de entrar em sociedade”. Estamos diante do poder de

“fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil” (2006, p.171).

Veja que o poder federativo, para nós, hoje, constitui em uma das atribuições do Poder Executivo. De qualquer forma, ainda que Locke defenda que são poderes distintos entre si, admite que estes dois poderes quase sempre estão unidos numa só pessoa (2006, p.171).

Nas palavras de Locke (2006, p.172):

Embora, como eu disse, os poderes executivo e federativo de cada comunidade sejam realmente distintos entre si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas; e como ambos requerem a força da sociedade para seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem o elo hierárquico; ou que os poderes executivo e federativo sejam confiados a pessoas que possam agir separadamente; isto equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína.

Portanto, podemos concluir que Locke pregava a separação entre os poderes Legislativo e Executivo, já que isto seria uma das características de um governo bem estruturado (2006, p.181). Quanto ao Poder Judiciário, este seria fatalmente subordinado, principalmente, ao Legislativo.

## **5.5 A relação entre os poderes segundo Montesquieu**

Chegamos, finalmente, a Montesquieu. Este célebre autor foi o responsável por formar as bases da atual separação dos poderes, razão pela qual analisaremos a sua contribuição na obra intitulada “O Espírito das Leis”.

Montesquieu já previa a existência de três poderes distintos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Ao poder legislativo cabe a criação de leis,

para algum tempo ou para sempre, bem como a correção ou ab-rogação das que já foram criadas (2008, p.168-169).

Ao Poder Executivo caberia manter a paz, ou promover a guerra, enviar e receber embaixadas, garantir a segurança, prevenir invasões, dentre outras funções (2008, p.169). Por fim, ao Poder Judiciário caberia a punição dos crimes e julgar as demandas dos particulares (2008, p.169).

Tendo em vista essas três funções, Montesquieu afirma, categoricamente, que quando “na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (2008, p.169).

Da mesma forma, se o Poder de Julgar estivesse subordinado ao Legislativo ou ao Executivo, não haveria liberdade. Ora, se o Poder de Julgar estivesse subordinado ao Legislativo, o juiz seria legislador, fazendo com que o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos fosse arbitrário. Além disso, se o Poder de Julgar estivesse subordinado ao Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (2008, p.170).

Neste sentido, “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (2008, p.170).

Nota-se que a concentração de poderes tem um efeito nefasto sobre os cidadãos, porque, por exemplo, o executor das leis, que se atribuiu a função legislativa, poderia, “através de suas decisões gerais, devastar o Estado; e, como ainda tem o Poder de Julgar, pode destruir cada cidadão, com suas decisões particulares” (2008, p.170).

Depois da análise da necessidade da separação dos poderes do Estado, passaremos a analisar a concepção de Poder Judiciário na teoria de Montesquieu.

Analisando o Poder de Julgar, Montesquieu defende que tal poder não deve ser entregue a um corpo permanente, pois deve ser “exercido por pessoas

tiradas do seio do Povo, em certas épocas do ano, da maneira prescrita por lei, para formar um tribunal que não durará senão o quanto exigir a necessidade” (2008, p.171).

Neste sentido, o Poder de Julgar, “tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo” (2008, p.172). Veja aqui a conotação que Montesquieu dá ao Poder Judiciário em sua obra, qual seja, a de um poder invisível e nulo.

Dessa forma, os julgamentos deveriam ser nada mais que apenas “um texto preciso da lei”. Isso porque, se os julgamentos representassem a opinião particular de cada Juiz, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos” (2008, p.172).

Portanto, “os Juízes da Nação, [...], são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (2008, p.180).

Para continuar a análise do Poder Judiciário na obra de Montesquieu, cumpre-nos prosseguir na análise dos demais poderes, posto que algumas observações serão pertinentes.

Montesquieu já previa, em sua obra, uma espécie de Poder Legislativo bicameral, pois defendia a necessidade de uma Câmara Baixa e de uma Câmara Alta, como componentes daquele poder.

Quanto à Câmara Baixa, o referido autor preleciona que (2008, p.173):

Num Estado livre, todo homem reputado ter alma livre deve ser governado por si mesmo. Por isso precisaria que o Povo, no seu todo, tivesse o Poder Legislativo. Como porém isso é impossível nos Estados grandes e está sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, precisa que o Povo faça, por seus representantes, tudo que não pode fazer por si.

Dessa forma, a Câmara Baixa seria composta por representantes do povo, e teria a função de representar seus interesses, através da criação de leis, ou da verificação da execução das leis já criadas (2008, p.175).

A Câmara Alta, por sua vez, seria formada por aquelas “pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras”. A formação de tal órgão é necessária porque se essas pessoas não tivessem direito a voto, não teriam interesse em defender a liberdade, posto que a maioria das resoluções seriam contra elas (2008, p.175).

Por esta razão, a participação dessas pessoas eminentes, na criação da Legislação, deve ser proporcional às vantagens que têm no Estado. E isto somente será possível se tais pessoas formarem um corpo “com direito de frear as iniciativas do Povo, assim como o Povo terá direito de frear as delas” (2008, p.175).

Dessa forma, “o Poder Legislativo estará confiado não só ao corpo de nobres mas também ao corpo escolhido para representar o povo. Os dois corpos terão cada qual as suas assembléias e suas deliberações à parte, e pontos de vista e interesses distintos” (2008, p.175).

Quanto ao Poder Executivo, Montesquieu defende que este deve estar nas mãos de uma só pessoa. Com efeito, “porquanto esta parte do Governo, tendo quase sempre necessidade de uma ação instantânea, é melhor administrá-la por um do que por diversos” (2008, p.176).

Ora, se o Poder Executivo “fosse confiado a certo número de pessoas tiradas do corpo legislativo, não haveria mais liberdade, porque os dois poderes estariam unidos. As mesmas pessoas teriam algumas vezes, e poderiam ter sempre, participação num e noutro poder” (2008, p.177).

Por fim, surge uma última questão. Montesquieu afirma que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo “têm necessidade de um poder regulador para temperá-los” (2008, p.175). Quem exerceria, então, esta função?

Montesquieu não propõe a criação de um quarto Poder, ao contrário, defende a necessidade de um certo controle a ser realizado entre estes dois poderes. Com efeito, o Poder Legislativo controlaria o Executivo, e este controlaria aquele.

Note que o papel desempenhado pelo Poder Judiciário nesse sistema de controle é nenhum, até porque o Poder de Julgar é, de certo modo, um Poder Nulo (2008, p.175).

Por fim, “esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto” (2008, p.183).

Esta teoria foi o embrião da moderna separação dos poderes tal qual a conhecemos, cujo expoente máximo se observa na obra dos federalistas americanos, que passaremos, a seguir, a estudar, até mesmo pela grande contribuição do constitucionalismo, que lançou as bases do moderno Poder Judiciário.

## **5.6 A relação entre os poderes segundo os Federalistas Norte-americanos**

Os federalistas norte-americanos, Hamilton, Madison e Jay, tiveram como base a teoria tripartida elaborada por Montesquieu. Entretanto, desenvolveram-na de modo substancial, principalmente no tocante ao sistema de controle, que ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos.

Além disso, o desenvolvimento do Poder Judiciário foi notável, conferindo-se maior autonomia, visibilidade e importância a este Poder, tornando-o realmente parte do sistema.

Analisando a separação dos poderes, os federalistas já advertiam que “a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente tirania” (2003, p.298).

Cumprir destacar, entretanto, que “não se exige a separação absoluta dos três poderes”, até porque “sem uma tal ligação que dê a cada um deles o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode, na prática ser eficazmente mantido” (2003, p.305).

Segundo ensinam (2003, p.305):

É coisa averiguada que o magistrado ou corpo, investido de um dos três principais poderes, não deve exercitar diretamente e em toda a sua plenitude nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante. Como todo o poder tende naturalmente a estender-se, é preciso colocá-lo na impossibilidade de ultrapassar os limites que lhe são prescritos. Assim, depois de ter separado em teoria os diferentes Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o ponto mais importante é defendê-los em prática das suas usurpações recíprocas.

Portanto, aos poderes deve ser garantida autonomia funcional. Entretanto, nenhum poder pode exercer exclusivamente a sua função, e nem exercer controle preponderante sobre outro, caso contrário seria extremamente impossível impedir o que se denominou de “usurpações recíprocas”. Em outras palavras, não se defende uma separação absolutamente rígida, nem mesmo um controle irresponsável, mas apenas um mecanismo suficiente que garanta um governo livre.

Mas como se daria a separação essencial dos poderes? Os federalistas nos respondem essa pergunta (2003, p.317):

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por conseqüência, que seja organizado de tal modo, que aqueles que o exercitam tenham a menor influencia possível na nomeação dos depositários dos outros poderes.

Dizem, ainda, que “é necessário que as nomeações para as supremas Magistraturas Legislativa, Executiva e Judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade” (2003, p.317). Sendo assim, até mesmo os magistrados (juizes) seriam escolhidos por eleição, mas, por serem vitalícios, não ficariam, depois de eleitos, dependendo daqueles a quem devem a sua nomeação, razão pela qual poderiam exercitar o ofício de forma livre (2003, p.317-318).

Veja que os federalistas já defendiam a vitaliciedade como garantia dos juizes. Trata-se de uma grande evolução de pensamento, já que, até dois séculos e meio atrás, Montesquieu ainda pregava a idéia de um Judiciário nulo.

Evidencia-se, também, que os funcionários encarregados do exercício de cada um destes poderes “devem ser tão independentes, como seja possível, dos

que exercitam os outros, quanto aos emolumentos dos seus empregados”. Ora, se aquele que exerce a função executiva, ou mesmo a judiciária, ficasse dependente da legislatura para tal finalidade, aqueles teriam a sua independência prejudicada (2003, p.318).

Continuando a questão da independência dos que exercem os poderes do Estado, focaremos, agora, a análise em relação aos que exercem a função jurisdicional.

Em relação à função jurisdicional, “todos os juízes nomeados pelos Estados Unidos devem ser inamovíveis e não podem perder os seus empregos senão por sentença que os declare indignos deles [...]” (2003, p.457). Com efeito, “a lei que faz depender do comportamento dos juízes a duração de seu exercício [...] é o melhor meio de segurar a prontidão, a firmeza e a imparcialidade da administração da justiça” (2003, p.458).

Note que a inamovibilidade é uma das garantias da independência do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, razão pela qual se afirmou que essa instituição deve “ser considerada como um elemento indispensável da organização do Poder Judiciário e como a cidadela da justiça e segurança pública” (2003, p.459).

Além disso, um grande avanço se observou no papel de defesa da Constituição por parte do Poder Judiciário, inclusive se propugnando a limitação do Legislativo, quando este editar leis que contrariem expressamente a vontade do legislador constituinte. Pois bem, vejamos (2003, p.459-450):

Se me disserem que o corpo legislativo é constitucionalmente juiz dos seus poderes e que a maneira por que ele os interpretar, fica tendo força de lei para os outros funcionários públicos, respondo que não é essa a presunção natural, quando a Constituição expressamente o não determina; porque não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. [...]

Veja que, embora os juízes tenham a missão de interpretar a Constituição e de, conseqüentemente, afastar as leis que a contrariam, isso não significa que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo. Acontece que o poder do povo, superior a qualquer dos poderes do Estado, está inserido na Constituição, razão pela qual os juízes devem sempre obedecê-la (2003, p.460). Assim, em última análise, o Poder Judiciário está obedecendo ao próprio povo, o que legitima a sua ação.

Portanto, se os juízes e tribunais são os garantidores da Constituição contra as usurpações do Poder Legislativo, então “é preciso admitir, em todo caso, a inamovibilidade dos respectivos empregos como único meio eficaz de dar aos juízes a independência necessária no exercício de uma função tão difícil” (2003, p.461). Até mesmo porque, “esse apego constante e invencível à Constituição e aos direitos individuais, indispensável nos tribunais de justiça, não pode certamente achar-se em juízes de comissão temporária” (2003, p.462).

Por fim, além da vitaliciedade e da inamovibilidade, aos juízes devem ser dadas uma terceira garantia, qual seja a impossibilidade de redução de seus emolumentos. Ora, “não é possível que o Poder Judiciário esteja real e completamente separado do Poder Legislativo, enquanto os seus recursos pecuniários dependerem da legislatura” (2003, p.464).

Pela garantia da impossibilidade de redução dos emolumentos, “pode o salário dos juízes ser alterado ocasionalmente, segundo as circunstâncias o exigirem, mas nunca podem ser diminuídos os emolumentos com que o juiz entrou em seu cargo, enquanto nele se conservar” (2003, p.465).

Nota-se, então, a extrema importância conferida ao Poder Judiciário pelos federalistas norte-americanos. Trata-se da teoria que alicerçou as bases do moderno Poder Judiciário.

Por fim, apenas para efeito de registro, o Brasil foi fortemente influenciado por tal doutrina. A nossa Constituição Federal de 1988 incorporou várias destas idéias, colocando o Poder Judiciário em posição de destaque no sistema governamental.

Quando da estruturação dos poderes, a Constituição previu expressamente que compete ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a guarda da Constituição (artigo 102, caput).

Além disso, a Carta Magna concedeu aos magistrados as três garantias propugnadas pelos federalistas norte-americanos, quais sejam a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (respectivamente previstas no artigo 95, I, II e III).

Em razão da vitaliciedade, assim como defendiam os federalistas, o magistrado somente poderá perder seu cargo por força de sentença judicial transitada em julgado (artigo 95, I).

## **5.7 Análise da Separação dos Poderes segundo a Forma de Concepção de Estado**

Agora que analisamos as principais teorias que, direta ou indiretamente, estavam ligadas à teoria da separação dos poderes, cumpre-nos analisar tais teorias de acordo com as formas de Estado.

Então, primeiramente analisaremos o Estado Liberal, bem como suas características, demonstrando qual é a teoria que se aplicou a este tipo de Estado e quais foram as implicações decorrentes de tal adoção. Depois, analisaremos o Estado Social, os motivos do seu surgimento, a modalidade de separação que foi empregada, bem como as conseqüências inerentes a esse modelo de Estado. Por fim, analisaremos o Estado Pós-Social, bem como o Estado Democrático de Direito, e mostraremos qual foi a concepção adotada para a separação de poderes nestes tipos de Estado.

De qualquer forma, tanto o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito sofreram forte influência do constitucionalismo, razão pela qual faremos, aqui, breves considerações sobre o tema.

A idéia de Constituição remonta a Aristóteles. Segundo preleciona (2009, p.121):

[...] é preciso examinar com a mesma circunspeção as leis perfeitas em si mesmas, e as que convêm a cada constituição; porque as leis devem ser feitas para as constituições, como as fazem todos os legisladores, e não as constituições para as leis. Com efeito, a constituição é a ordem estabelecida no Estado quanto às diferentes magistraturas, e à sua distribuição. Ela determina o que é a soberania do Estado, e qual é o objetivo de cada associação política. [...]

Veja que, segundo Aristóteles, Constituição era concebida como sendo a “*ordem na pólis (politéia)*”, podendo os conceitos de Constituição e Estado serem equiparados” (CAMBI, 2009, p.27)

Com o passar da história, com a queda do antigo regime pelas revoluções burguesas do final do século XVIII, “houve uma significativa alteração semântica e normativa no conceito de Constituição, que passou a ser concebida como ‘carta de liberdade’ ou ‘pacto de poder’, para ressaltar a sua função ‘constituente de poder’” (CAMBI, 2009, p.27).

A partir deste momento, a Constituição passa a ser vista como garantia da ordem constituída. Isso significa que a interpretação, aplicação, bem como o caráter valorativo da Constituição estão diretamente ligados ao tipo de Estado a que constitui. É neste sentido que precisamos, agora, estudar essas modalidades de Estado.

### **5.7.1 A separação dos poderes no Estado Liberal**

O Estado Liberal tem a sua origem como contraponto ao absolutismo monárquico e tem como principal manifestação o Estado criado a partir das revoluções burguesas, principalmente a que eclodiu em 1789, na França.

O absolutismo, denominado de antigo regime, recebeu a justificação teórica de Thomas Hobbes, em que o soberano concentrava todos os poderes em suas mãos, controlando todos os aspectos e funções do Estado. Neste Estado absolutista (Leviatã), somente os nobres participavam efetivamente do Poder, já que somente a estes era dado o direito de tomar decisões políticas.

Acontece que a classe burguesa em ascensão, detentora do poder econômico, não tinha participação política alguma, razão pela qual nutriu um profundo descontentamento com o sistema, o que culminou no surgimento das grandes revoluções burguesas, o que resultaria no nascimento do Estado Liberal (o novo regime).

Veja que, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (BONAVIDES, 1996, p.40).

Neste sentido, “o Estado Moderno Liberal caracterizou-se, fundamentalmente, como garantia da proteção do indivíduo contra a limitação de sua liberdade, limitando a intervenção do Estado e acreditando na superioridade da regulação espontânea” (COSTA, 1999, p.24).

Ora, em razão de sempre ter sido oprimida politicamente, a classe burguesa, quando finalmente ascendeu ao poder, rompeu com todos os laços do antigo regime, instituindo um Estado Liberal, isto é, de intervenção mínima. Nesta espécie de Estado, a Constituição assegurava a liberdade do homem, ao mesmo tempo em que limitava as intervenções do Estado, pois o homem era soberano na sua vontade.

Segundo nos ensina Paulo Bonavides (1996, p.40):

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se projeta, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo.

Desenvolveu-se, como corolário da teoria jusnaturalista, uma “técnica de liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã” (BONAVIDES, 1996, p.40).

Entretanto, não nos enganemos com a concepção da liberdade do Estado Liberal. Segundo profetiza Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p.26):

[...] A idéia do liberalismo não é a presença popular na formação da vontade estatal, nem a sua idéia de igualdade de que todos tenham igual direito à participação ou à liberdade. Sua idéia de liberdade, formulada na teoria de Montesquieu, é a negação da soberania estatal [...]

Neste sentido, o Estado seria apenas o ente necessário à garantia da liberdade da burguesia, isto é, do exercício da sua atividade econômica, razão pela qual seria absolutamente não intervencionista. Em outras palavras, o Estado seria neutro e abstencionista, já que nada mais seria que a própria “armadura de defesa e proteção da liberdade” (BONAVIDES, 1996, p.41).

Com efeito, segundo preleciona Paulo Bonavides (1996, p.44):

O Estado burguês de Direito da primeira fase estava, por conseguinte, plenamente vitorioso. E os resultados de seu formalismo e de seu êxito se traduzem numa técnica fundamental, que resguarda os direitos da liberdade, compreendida esta, consoante já dissemos, como liberdade da burguesia.

Entretanto, qual foi o meio que a burguesia, agora triunfalmente no poder, se utilizou para conter os avanços estatais, garantindo-se plenamente no domínio do poder político?

Foi justamente a teoria da separação dos poderes, utilizada como técnica fundamental de proteção dos direitos de liberdade (BONAVIDES, 1996, p.44). Ora, a teoria de Hobbes, que previa a concentração de todos os poderes, privilegiava o Estado absolutista Leviatã, razão pela qual esta teoria não poderia servir de justificação ao Estado Liberal burguês. Foi necessária, então, a elaboração de uma nova base teórica de justificação.

Dessa forma, conforme ensina Nelson Juliano Cardoso Matos (2002, p.149-150):

O Estado liberal, sem abandonar as premissas modernas do monopólio da produção do direito e do uso legítimo da força, delimita o exercício dos poderes do Estado, submete o Estado ao fim da consagração da liberdade individual e não tão somente a realização da paz. Caracterizam o Estado liberal, em oposição ao Estado absolutista, a separação entre a esfera privada e a esfera pública (de domínio do Estado) e a fixação de limites internos para o exercício do poder com a separação de poderes.

Veja, “com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania” (BONAVIDES, 1996, p.45). Neste sentido, “a filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade” (BONAVIDES, 1996, p.45).

Locke foi o primeiro teórico do liberalismo, sendo, portanto, “muito menos radical que Montesquieu” (BONAVIDES, 1996, p.46). Até mesmo porque, por ser tão recente a derrocada do antigo regime, ainda sofria algumas influências desta ideologia.

Sendo assim, “a despeito das raias que lhe foram doutrinariamente traçadas por Locke, o poder dos reis não sai, em sua filosofia política, tão diminuído como seria de supor à primeira vista, tratando-se do primeiro teórico do liberalismo” (BONAVIDES, 1996, p.46).

Além disso, por ter sido o primeiro teórico liberal, e pelas máculas do absolutismo ser tão recente, Locke encontra uma certa dificuldade na elaboração de uma nova teoria de justificação capaz de racionalizar o poder de acordo com os novos paradigmas. Com efeito, segundo ensina Paulo Bonavides (1996, p.46):

A racionalização do poder, empreendida por Locke, tropeça, aqui, com outras dificuldades, no seu vigoroso empenho de abater a teoria do absolutismo, que tanto se fortalecera com o incomensurável êxito logrado por alguns dos grandes pensadores políticos da Idade Moderna, cuja doutrina não se pode nunca separar, sem grave perda para a sua inteligência, daquele penosíssimo esforço mental que a legitimação do novo poder estatal custou aos seus teóricos: a Bodin, a soberania; a Maquiavel, a

laicização contra as ingerências papais; a Hobbes, a unificação pelo absolutismo no indivíduo ou grupo.

Com base em todas essas dificuldades, Locke “não emerge inteiramente triunfante em sua obra de cerceamento do poder estatal” (BONAVIDES, 1996, p.47). Até mesmo porque, “onde seus argumentos ostentam mais força de persuasão, raramente igualada por outro pensador, é tão-somente na teoria dos direitos e liberdades individuais como direitos oponíveis à sociedade política” (BONAVIDES, 1996, p.47).

Nota-se que, “da doutrina de Locke emerge um otimismo que ele não dissimula, despreocupação que quase ignora a natureza profundamente negativa do poder” (BONAVIDES, 1996, p.47). Por esta razão, a sua doutrina, no assunto atinente à separação dos poderes, não projetou o mesmo efeito que teve a obra de Montesquieu.

Montesquieu, ao contrário de Locke, não negava a natureza negativa do poder, nem a essência corruptível dos homens que o exercem. Além disso, a doutrina de Montesquieu foi “inspirada por um sentimento radical de reação ao absolutismo”, o que fez com que formulasse uma doutrina de efetiva limitação do poder (BONAVIDES, 1996, p.49).

Com efeito, Montesquieu já condenava à perdição os governos que reunissem todos os poderes nas mãos de uma só pessoa, porque isto seria negar a própria liberdade.

Além disso, não bastava somente a divisão dos poderes, era necessário, também, que se controlassem reciprocamente. Ora, “a justificação inicial do pensador francês era garantir a liberdade por meio de um engenho institucional pelo qual impediria a tendência natural do gestor do poder abusar dele” (MATOS, 2002, p.159).

Observa-se, então, que “em Locke, o poder se limita pelo consentimento, pelo direito natural, pela virtude dos governantes, de maneira mais ou menos utópica. Em Montesquieu, sobretudo pela técnica de sua organização, de forma menos abstrata” (BONAVIDES, 1996, 47).

Dessa forma, Montesquieu foi o mais alto expoente do liberalismo burguês. “O que há de mais alto na sua doutrina da separação dos poderes, [...], é que nele a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem” (BONAVIDES, 1996, p.49).

Depois de toda essa explanação, podemos entender o tratamento dado ao Poder Judiciário na doutrina de ambos os teóricos do liberalismo. Motivados pela aversão ao absolutismo, em maior ou menor grau, sua função era limitar, ao máximo, as funções do rei.

Ora, a teoria da separação dos poderes “tinha por objetivo fundamentar a existência e a atuação dos órgãos estatais em contraposição ao exercício do poder na época medieval, caracterizado como autoritário e arbitrário” (APOSTOLOVA, 1998, p.178).

Veja que, quando do absolutismo, todos os poderes eram concentrados nas mãos do rei, o que se evidencia pela justificação teórica Thomas Hobbes. O rei seria comparado ao Leviatã, monstro grego mitológico, capaz de subjugar todos à sua vontade.

Sendo assim, no advento do Estado Liberal, a função era mitigar o poder do Estado, antes representado pelo rei, garantindo-se a liberdade. É neste sentido que, o poder de julgar, antes pertencente ao soberano, é considerado, em Locke, como um apêndice do Legislativo; e, em Montesquieu, nulo e reproduzidor automático das palavras da lei.

Nesse contexto, “o Poder Judiciário tinha que orientar a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade, que transformava a aplicação do direito em subsunção racional-formal dos fatos às normas, desvinculada de referências éticas e políticas” (APOSTOLOVA, 1998, p.178).

Com efeito, o poder de julgar, terrível entre os homens, não poderia mais pertencer ao rei, nem mesmo representar qualquer forma de criação do direito, caso contrário a liberdade, conseguida a um custo revolucionário, seria destruída. Dessa forma, “o distanciamento da atuação do juiz do campo da política e da ética visava assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos

conflitos individualizados, garantindo desta maneira os direitos e as liberdades individuais” (APOSTOLOVA, 1998, p.179).

O poder de julgar, portanto, consubstanciava-se da aplicação fria e mecânica da lei. O que se poderia concluir que “este modelo de judiciário torna-o, de fato, um corpo demasiadamente fluido para ser identificado como poder” (SOUZA JÚNIOR, 2004, p.43).

### **5.7.2 A separação dos poderes no Estado Social**

O Estado Liberal, expressão máxima da burguesia vitoriosa, realmente lhes deu a liberdade. Mas, pelo fato do aparato estatal estar limitado a não interferir, gerou-se um dos piores quadros de exploração já vistos na história.

Segundo Bonavides nos ensina, o Estado Liberal (1996, p.59):

Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, comparar.

Dessa forma, ante a degradação desumana do indivíduo, resultado do “inteiro esmagamento da liberdade formal, com atroz supressão da personalidade, viram-se a Sociologia e a Filosofia do liberalismo burguês compelidas a uma correção conceitual imediata da liberdade [...]” (BONAVIDES, 1996, p.59).

Com efeito, a filosofia política chegou “a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana” (BONAVIDES, 1996, p.62).

Em razão da crise do ideário liberal, uma série de mudanças começou a ocorrer. “No campo de batalha social, os individualistas ferrenhos e privilegiados da velha burguesia capitalista tiveram que depor a arma poderosa de sua conservação política – o sufrágio censitário” (BONAVIDES, 1996, p.188). Assim, uma das primeiras conquistas da massa oprimida pela exploração econômica foi o direito ao voto.

A conquista do direito ao voto foi o principal fator da derrocada do ideal liberal, porque através do direito de voto, a massa anteriormente oprimida participava, efetivamente, na vida política (democracia). Neste sentido, o Estado Liberal caminhava ao desaparecimento, desaparecimento este que deixou de ser doutrinário, e tornou-se real, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica (BONAVIDES, 1996, p.189).

Conforme pondera Bonavides (1996, p.189):

Naturalmente, não se contentou a massa proletária apenas com o direito formal do voto, senão que fez dele o uso que seria lícito esperar e que mais lhe convinha: empregou-o, sem hesitação, em benefício dela mesma, ou seja, dos trabalhadores, mediante legislação de compromisso que veio amortecer o ímpeto da questão social.

Sepultado estava, portanto, o antigo Estado Liberal, por força da ampla participação das massas exploradas nos rumos a serem tomados pelo governo, com ampla participação política. Surge, então, o Estado Social, que “caracteriza-se, fundamentalmente, pela garantia do crescimento econômico e pela proteção social do indivíduo” (COSTA, 1999, p.24).

Segundo profetiza Antônio Umberto de Souza Júnior (2004, p.49):

Com a convergência das lutas populares por direitos sociais (especialmente na área de proteção do trabalho) e da expansão da ideologia marxista, o Estado liberal, pressentindo o perigo, sensibiliza-se e socializa-se: o direito regulador das prerrogativas de propriedade tem de expandir suas funções. É a era da consagração dos direitos sociais (jornada de trabalho, salário mínimo, previdência, diferenciação de regras para mulheres e crianças). O Estado promove a “sobrejuridificação” das relações sociais, inclusive no campo das omissões inconstitucionais.

Portanto, a liberdade, tal como anteriormente fora pregada, foi paulatinamente substituída por uma “liberdade humana resguardada em direitos e garantias” (BONAVIDES, p.59).

Conforme observa Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p.43):

[...] o Estado Moderno não serve mais aos interesses do poder econômico, como serviu no século XVIII, quando foi alterado pela burguesia, embora os objetivos do poder econômico continuem os mesmos, ou seja, a liberdade total do indivíduo sobre os meios de produção e do capital. O Estado Moderno Social, com seus mecanismos de regulação do setor econômico social e jurídico, não serve aos detentores do capital.

Acontece que, segundo Paulo Bonavides, o Estado Social “tanto se compadece com o totalitarismo como, também, com a democracia” (1996, p.203). A diferença é que, ao contrário dos sistemas totalitários, o Estado Social Democrático garante, na sua feição jurídico-constitucional, a tutela dos direitos da personalidade (1996, p.204).

Não vamos, aqui, estudar os totalitarismos, já que são verdadeiros comportamentos desviantes do poder legítimo. Por esta razão, focaremos a nossa análise no Estado Social Democrático.

A democracia é um “plus” ao Estado Social, mas isso não significa que todos os problemas estejam resolvidos, já que a luta política sempre existirá, bem como também sempre existirão aqueles que se amesquinham com o brilho do poder, ou que querem, a todo custo, a manutenção do *status quo*.

Brilhante é o ensinamento de Paulo Bonavides, ao dizer que o Estado Social (1996, p.203):

Na democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre que se apóia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo).

Em face desse novo campo teórico, reformulam-se os limites da atuação do Poder Judiciário. Segundo esclarece Emerson Garcia (2008, p.5):

A identificação dos limites e das potencialidades do Poder Judiciário na concreção dos direitos sociais deve ser impregnada de uma visão prospectiva, distanciando-se dos dogmas sedimentados pelas clássicas teorias de Locke e de Montesquieu, desenvolvidas sob a égide do liberalismo clássico, na medida do necessário à compreensão das relações institucionais travadas num Estado Social.

Por fim, nota-se que o Estado Social Democrático, protetor e regulador do grupo social, fez várias promessas, mas não as conseguiu cumprir, por uma série variada de fatores.

Entretanto, como a maioria dessas promessas foi colocada nos corpos das Constituições, fomentou-se o surgimento uma nova forma de Estado, incumbido de atingir a finalidade de cumpri-las, qual seja o Estado Constitucional. Nestes “os tribunais coadjuvam a implantação dos programas constitucionais por meio do ‘acabamento’ das normas de textura aberta, o que os erige à condição de legisladores implícitos” (SOUZA JÚNIOR, 2004, p.50).

Na verdade, como se verá a seguir, o Estado Constitucional não é exclusivamente social. Entretanto, está sofrendo uma reformulação teórica no sentido de garantir direitos fundamentais do cidadão, tudo com base na suprema força normativa da Constituição. A este estado dá-se o nome de Estado Democrático de Direito.

### **5.7.3 A separação dos poderes no Estado Constitucional**

Por Estado Constitucional entenda-se o Estado organizado por meio de uma Constituição. Note, entretanto, que o Estado Constitucional pode ser tanto Liberal, quanto Social.

Segundo esclarece Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p.63):

Quando um ordenamento constitucional incorpora somente proibições, as quais requerem prestações negativas na garantia dos direitos de liberdade, caracteriza-se o Estado de Direito Liberal. Quando, pelo contrário, incorpora também obrigações, as quais requerem prestações positivas na garantia dos direitos sociais, caracteriza-se como Estado de Direito Social.

O constitucionalismo propriamente dito surge com a revolução francesa, fruto das insurgências burguesas. A Constituição, neste período, seria o instrumento que garantiria a separação dos poderes e a liberdade do homem, corolário do Estado Liberal.

O constitucionalismo, a partir deste período, “avançou cada vez mais, decidido a concretizar as liberdades atinentes a preservar a dignidade da pessoa humana” (COSTA, 1999, p.26). Entretanto, durante esse caminho, encontrou vários obstáculos, dentre estes, podemos citar as mazelas do próprio Estado Liberal e a dificuldade de realização dos direitos pelo Estado Social.

Quanto ao Estado Liberal, a burguesia, detentora da representação política, excluiu toda e qualquer participação do povo no processo político. Dessa forma, a Constituição serviria não para garantir os direitos do povo, mas a liberdade recém conseguida pela classe econômica vitoriosa.

Conforme nos ensina Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p. 26-27):

[...] o que sempre incomodou os liberais – a falta de liberdade para exercerem livremente suas atividades lucrativas, sendo que, vindo essa limitação do Estado ou do aglomerado social, sempre foi prejudicial aos seus interesses. Por isso, só admitem um Constitucionalismo forma e, toda vez que os princípios democráticos ameaçam sair do plano formal para o material, constroem princípios engenhosos para manterem-se no domínio econômico, para que a participação social seja mínima e para que o Estado também seja mínimo, mas o espaço para concentrar a riqueza em seu próprio benefício seja máximo, com a valorização do homem apenas na participação da atividade laborativa, sem qualquer preocupação com a contraprestação social como um dos encargos a ser deduzido do lucro pelo trabalho de todos.

Entretanto, essa terrível exploração econômica, do homem pelo homem, não mais conseguiu se sustentar, e a burguesia teve que ceder às reivindicações da massa proletária oprimida.

É neste cenário que o constitucionalismo ganha nova face, qual seja, de garantia de direitos dos cidadãos. A Constituição, neste aspecto, não se servia mais a garantir aquela liberdade absoluta, mas uma liberdade moderada, limitada pela natureza humana do próximo, e restringida pelas amarras vigilantes do Estado.

Sendo assim, conforme pondera Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p.27):

Da contradição entre os princípios positivados no Constitucionalismo – que tiveram origem nos ideais liberais – e a concretização desses princípios – nascida da conscientização do indivíduo para as suas liberdades políticas – chegamos ao Estado do Bem-Estar, que também chamamos de Estado Social, o qual procura conjugar idéias liberais e idéias democráticas.

Surge, então, um Estado intervencionista, preocupado com a situação social dos cidadãos, resultado da intensa participação política, recém adquirida pela massa de indivíduos que anteriormente trabalhavam em condições degradantes e desumanas.

Observa-se que, no início do Estado Social, quando a influência do liberalismo ainda era forte, a cláusula social era vista “como um conceito em branco carente de substantividade; no melhor dos casos, como uma norma de caráter programático, atribuindo-lhe valor político, mas de modo algum valor jurídico” (COSTA, 1999, p.28).

Entretanto, com o amadurecimento do constitucionalismo, depois “dos primeiros tempos de interpretação vacilante, a cláusula do Estado Social desenvolveu uma surpreendente potência. Tal potência vê-se reforçada pela união do social com o postulado do Estado de Direito ou do Estado Constitucional” (COSTA, 1999, p.28).

Dessa forma, a Constituição exige a concretização dos direitos fundamentais sociais. Em outras palavras, “a cláusula do Estado Social obriga o legislador a atuar em termos de configuração social, assegurando o mínimo existencial para cada pessoa” (COSTA, 1999, p.33).

O problema é que os agentes eleitos pelo povo tendem a se submeter mais às pressões políticas, do que à vontade de quem os elegeu. Neste sentido, a Constituição Federal fica relegada a um segundo plano, enquanto as promessas daquelas se esvaziam.

Neste sentido, a doutrina da separação dos poderes formulada pelo liberalismo clássico ficou ultrapassada frente ao constitucionalismo. Ao Poder Judiciário, antes neutro e puramente mecânico, é reclamada uma postura mais enérgica na concretização destes direitos, ampliando-se, inclusive, sua capacidade criativa do Direito.

Conforme salienta Bistra Stefanova Apostolova (1998, p.39):

[...] o recente protagonismo dos tribunais é fruto de um conjunto de fatores que evoluíram no decorrer do desenvolvimento histórico e que remetem ao estudo das características do Estado Liberal, do Estado Providência e de sua posterior fase de declínio nos países centrais. A estratégia de desarme político do Poder Judiciário, de importância crucial para a legitimação política dos Poderes Executivo e Legislativo no período liberal, foi superada pelo advento do Estado de Bem Estar Social, no qual o sistema judicial adquiriu maior visibilidade social [...]

Portanto, a necessidade da concretização dos direitos sociais fez com que o Poder Judiciário assumisse a sua parcela de responsabilidade para que aquela finalidade fosse alcançada. Neste sentido, “o Poder Judiciário se transforma em um campo destacado para a efetivação de conquistas democráticas” (APOSTOLOVA, 1998, p.40).

### 5.7.3.1 O Estado Constitucional no Brasil

O nosso modelo de Estado Constitucional deve sua formação, principalmente, aos artigos federalistas norte-americanos, que foram um dos primeiros estudiosos a admitir e aplicar a até então teórica força normativa da Constituição, além de terem estruturado uma cuidadosa separação de poderes.

Segundo Paulo Fernando Silveira (1999, p.77):

Os artigos federalistas (uma série de artigos anônimos que antecederam a aprovação da Constituição americana, cuja autoria mais tarde foi reconhecida como de *Hamilton, Madison e Jay*) enfatizaram outra virtude na separação dos poderes, ou seja, o acréscimo da eficiência e da efetividade governamental. Sendo limitadas as funções especializadas (legislativas, executivas e judiciárias), os diferentes ramos do governo desenvolvem a habilidade e o senso de orgulho em seus papéis, que não seriam alcançados de outra forma. [...]

O que se deve destacar, nos artigos federalistas, é a grande importância dada ao Judiciário Poder Judiciário na defesa da Constituição, além de ser um importante mecanismo de regulação do poder. Segundo nos ensina Paulo Fernando Silveira (1999, p.77-78):

[...] o Judiciário foi dotado da missão constitucional de controlar os atos dos demais poderes (leis e atos administrativos) quanto à sua constitucionalidade, através dos casos que lhe são submetidos. Incumbe-lhe, ainda, pacificar os conflitos individuais, sempre tendo como premissa básica que é o guardião da Constituição e dos princípios e valores nela ostensivamente depositados ou implicitamente contidos, ainda que escondidos nas penumbras e nas emanações de direitos outorgados. Infere-se que a palavra final (o teste ácido) sobre a conformidade dos atos dos outros dois poderes, em confronto com as intenções assentadas na Constituição, remanesce com o Judiciário.

Ora, vê-se claramente que, modernamente, a defesa da Constituição se faz, principalmente, através da chamada jurisdição constitucional. Trata-se de um órgão que, geralmente, é a cúpula do Poder Judiciário e se mostra como o escudo protetor da Constituição contra as agressões e desrespeitos que esta possa sofrer dos demais poderes do Estado.

Nesta nova visão, o Poder Judiciário não é somente um órgão que simplesmente desempenha uma das funções estatais. É mais do que isso, é o órgão responsável por limitar e controlar os abusos do próprio Estado contra os seus cidadãos. Isso encontra justificativa no fato de que o Poder Judiciário, antes de qualquer coisa, obedece sempre à Constituição, mantendo-a intacta nos valores e fundamentos.

Em razão dessa defesa da Constituição, ao Poder Judiciário é dada a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das leis, já que “como as opções e ações políticas se manifestam através das leis, nelas deve recair o controle político sobre os outros poderes pelo Judiciário” (SILVEIRA, 1999, p.81). Dessa forma, o judiciário “tornou-se um verdadeiro poder legislativo negativo com a faculdade de impedir (e expurgar a norma inválida do ordenamento jurídico)” (MATOS, 2002, p.169).

Além disso, o juiz, antes a boca que pronunciava as palavras da lei, hoje participa ativamente da criação do Direito, através da interpretação dos dispositivos legais, tomando-se sempre como base a carga normativo-valorativa da Constituição. Ora, “através da interpretação judicial ocorre a mudança da Constituição, sem, contudo, emendá-la” (SILVEIRA, 1999, p.78).

É diante dessa nova postura confiada ao Poder Judiciário que Paulo Fernando Silveira afirmou categoricamente que “nenhuma lei pode retirar do judiciário sua jurisdição, vedando o acesso do povo às cortes, tampouco proibindo-lhe de dar liminares, eis que a liminar é da essência do poder judiciário, visando coibir abuso de poder ou dano iminente” (1999, p.83).

Ressalta-se que o nosso modelo constitucional, representado pela Constituição Federal de 1988, resguardou essa visão renovada ao Poder Judiciário. Com efeito, a Constituição assegurou, expressamente, em seu artigo 102, que a guarda da Constituição Federal será feita pelo Supremo Tribunal Federal (nossa jurisdição constitucional).

Além disso, evidenciando as funções de controle dos atos estatais, bem como proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, a Carta Magna estabeleceu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, XXXV).

É preciso salientar que embora o Poder Judiciário tenha assumido essa posição de destaque, não se está a defender que a construção de uma sociedade democrática justa, solidária e igualitária dependa única e exclusivamente de sua atuação.

Ora, os poderes eleitos, quais sejam o Legislativo e o Executivo, devem se empenhar na construção de um país justo, onde todos tenham oportunidade iguais e direitos sociais mínimos garantidos, caso contrário o ideal democrático irá fracassar.

Segundo ensina Bistra Stefanova Apostolova (1998, p.182):

O modo de efetivação dos direitos sociais, devido a sua natureza diversa, não coincide com o dos direitos individuais. A eficácia dos direitos sociais pressupõe por um lado a implementação de políticas legislativas e políticas públicas que requerem investimento significativo de finanças por parte do Poder Executivo.

Entretanto, essa finalidade passou despercebida no cenário político atual. Hoje, os poderes eletivos se encontram decadentes e corrompidos, por terem sucumbido à pressão política e por terem recusado os valores de probidade e moralidade necessários ao exercício do poder.

Neste cenário desolador, uma grande quantidade de demandas inundou o judiciário, buscando-se a concretização de direitos sociais mínimos, inadimplidos pelos poderes eletivos. “Na medida em que essa nova e complexa conflituosidade chegava aos Tribunais, ela contribuía para o aumento da visibilidade política do sistema judiciário, ao qual se dirigiam as expectativas sociais de garantia dos direitos” (APOSTOLOVA, 1998, p.183).

Demonstrando a situação pervertida de hoje, Maria Isabel Pereira da Costa esclarece que (1999, p.54-55):

Com a Constituição Federal de 1988, pareceu a todos que, finalmente, as promessas de modernidade de um Estado de Bem-Estar seriam cumpridas. Mas, de alguma maneira, e de má-fé, foi desviada a expectativa da concretização dos direitos sociais para o Poder Judiciário, responsabilizando-o, exclusivamente, pela inadimplência das prestações sociais. A morosidade ou a timidez do Judiciário tem servido de 'bode

expiatório' para a inadimplência da Administração, que ocupa, sem sombra de dúvidas, o primeiro lugar no abarrotamento do Judiciário de demandas, cujas decisões reiteradas, já transitadas em julgado, recusa-se a cumprir. Ora não estende direitos líquidos e certos a todos os atingidos por seus atos administrativos, rejeitados pela decisão judicial; ora valendo-se do sistema de recursos que o coloca em vantagem diante de um cidadão fragilizado; ora procrastina no tempo o cumprimento da decisão.

Além disso, em razão da grande quantidade de ações, “a jurisdição vê-se fortemente sobrecarregada e colocada ao limite de suas possibilidades” (COSTA, 1999, p.52), o que prejudica em grande escala a sua função indelegável de prestar justiça.

Mesmo diante de todas essas dificuldades, os juízes, hoje, estão assumindo sua responsabilidade na concretização dos direitos fundamentais, necessários à defesa da Constituição. Nota-se, assim, que “se multiplicam os sinais do ativismo dos juízes comprometidos com a tutela judicial eficaz de direitos [...]” (APOSTOLOVA, 1998, p.185).

Vê-se que, atualmente, Têmis, a deusa da justiça, está acordando de seu sono dogmático, abrindo os olhos para a realidade que a cerca, com o fim de combater as mazelas decorrentes de um Estado Leviatã ineficiente, corrupto e decadente.

Entretanto, não podemos esquecer que a atuação do Poder Judiciário não é, por si só, suficiente para garantir a instituição de um verdadeiro Estado Democrático, pautado em valores de probidade, igualdade e solidariedade, porque isto é obra de todos.

Conforme pondera Maria Isabel Pereira da Costa (1999, p.34):

Enquanto não nos dermos conta de que a Justiça é obra de todos, de que a Constituição não pode expressar apenas formalmente o princípio da igualdade e de que ela deve ser o resultado de um consenso material, baseado nos dados da realidade e da disposição de cada um e de todos comprometerem-se com a solidariedade, não podemos alcançar uma efetiva justiça social ou bem comum em que todos sejam verdadeiramente partícipes, pelo menos de um mínimo desse bem comum que lhes permita a manutenção da *dignidade da pessoa humana*, outro princípio que consta, formalmente apenas, na nossa Constituição.

Portanto, “o Poder Judiciário deveria ser o caminho da exceção em matéria de concretização da Justiça e do Direito” (COSTA, 1999, p.57). Entretanto, em razão da inércia dos poderes eletivos, o Judiciário, hoje, tem assumido uma postura pró-ativa, inclusive determinando o sentido de atuação dos demais poderes de acordo com os mandamentos da Constituição.

O Poder Judiciário, então, está cada vez mais se auto-afirmando frente aos demais poderes. Não se fala mais em um Poder neutro e invisível, mas em um Poder que tomou consciência de seu papel na construção do Estado Democrático de Direito e, para alcançar tal objetivo, decidiu abrir os olhos e agir.

### **5.7.3.2 Desmistificando o dogma da separação dos poderes**

Como se viu, o Poder Judiciário evoluiu de uma postura neutra, para uma postura de participação e de co-responsabilidade com a formação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Tal postura participativa alcançou níveis antes inimagináveis e, hoje, amplia-se cada vez mais, em razão da inércia dos demais poderes, visando-se a concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

Dentre estes níveis de ampliação da atuação judiciária, como veremos no capítulo do controle judicial das omissões inconstitucionais, está a possibilidade do constrangimento judicial das demais funções do Estado, para que se orientem de acordo com a Constituição; bem como a própria supressão judicial das omissões inconstitucionais, em que o judiciário, pelos instrumentos de sua função, supre a inércia dos demais poderes constituídos, ainda que isso signifique temporariamente assumir a essência das funções daqueles.

Veja que a ingerência do Poder Judiciário, na concretização dos direitos fundamentais do cidadão, não afronta a separação dos poderes, justamente porque, conforme já se explicitou durante todo esse capítulo, a doutrina da separação dos poderes foi criada para conter e limitar o abuso de poder e não para

justificá-lo. Dessa forma, não se pode conceber que seja utilizada para legitimar os comportamentos desviantes daqueles que ocupam o poder.

Note que a Constituição é dotada de uma normatividade máxima, o que resulta na sua característica de ser suprema. Sendo assim, nenhum dogma prevalecerá em relação a tal supremacia, principalmente se se prestar a legitimar comportamentos desviantes do poder, posto que qualquer ilegalidade ou abuso de poder serão suprimidos pelo poder de constrangimento compatibilizador da Constituição.

Além disso, quando a Constituição estabelece que a guarda da Constituição será feita pelo Supremo Tribunal Federal, isso implica que a nossa jurisdição constitucional deve velar pelo cumprimento e regular aplicação das normas constitucionais, bem como promover a defesa da Constituição, ainda que isso signifique protegê-la do próprio Estado.

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, disciplinou que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Isso significa que a nossa Carta Magna erigiu o Poder Judiciário a uma posição de incontestável guardião de todo o ordenamento jurídico, tornando toda e qualquer questão suscetível de controle judicial, especialmente quando estamos diante de direitos fundamentais.

Vê-se que a problemática existe pelo fato de que um dos poderes constituídos está realizando o controle dos demais, exigindo-se o cumprimento da Constituição.

Neste caso, uma indagação pode ser feita: “o modelo triangular não estaria incompleto, comportando um quarto poder – um poder moderador ou um sobrepoder para ‘completar e executar a Constituição?’” (SOUZA JÚNIOR, 2004, p.53).

Pensamos que a resposta a essa pergunta não é tão simples quanto possa parecer. Isto é, a existência de um órgão, que estivesse acima dos poderes constituídos, cujas decisões fossem obrigatórias, *poderia* resolver o problema. Inclusive, a jurisdição constitucional poderia desempenhar muito bem esse papel.

Entretanto, embora seja uma das soluções válidas, não estaria livre de problemas. Note, como se trata de um órgão supremo, como se daria a escolha de seus membros? Se fosse por eleição, quem garante que essas pessoas não seriam corrompidas ou influenciadas pela politicagem? Estes e outros problemas também dificultam a própria viabilidade da existência de um órgão superior, que esteja acima dos poderes constituídos.

Por fim, superada a questão da separação dos poderes, veremos, no capítulo seguinte, os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, mencionados neste capítulo como resultado da ampla quantidade de demandas que inundam o Judiciário.

Além disso, em razão de todo esse protagonismo judicial, surge “um debate acerca da possibilidade dos Magistrados legitimarem a sua atuação com base em uma nova função social, determinada pelas exigências dos legítimos interesses sociais na era pós-moderna” (APOSTOLOVA, 1998, p.183).

E é justamente essa discussão que será travada no capítulo posterior, onde será analisada a legitimação democrática do Poder Judiciário, bem como os limites e parâmetros de sua atuação, já que esta é uma das barreiras opostas à atuação judicial.

Adianta-se, desde já, que, dentre outros fatores, o Poder Judiciário estará legitimado pela espada democrática do Ministério Público, instituição essencial para “evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem”, bem como para garantir a perpetuidade do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2007).

Desmistificaremos, também, no próximo capítulo, outros argumentos, como a indevida judicialização da política, bem como o medo infundado de que o Poder Judiciário, em razão dessa nova postura, transforme-se em um super-poder.

Por fim, no último capítulo, após termos estudado a postura diferenciada que o Poder Judiciário está assumindo na concretização do Estado Democrático de Direito, bem como a legitimação democrática de tal Poder, analisaremos o efetivo controle judicial das omissões inconstitucionais.

## 6 DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

### 6.1 Atuação do Poder Judiciário

Como estudamos no capítulo anterior, o Poder Judiciário, hoje, está assumindo uma postura pró-ativa na concretização dos direitos do cidadão, isto é, a atividade jurisdicional “se posicionou como responsável pela garantia real das liberdades fundamentais” (GARAPON, 2001, p. 44).

Vimos também, que tal postura diferenciada tem como uma de suas causas a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos, que sucumbem perante a luta política e se perdem nos campos obscuros do poder, deixando de cumprir com as obrigações constitucionais. Neste sentido, “o terceiro poder enriquece-se com a discórdia dos dois primeiros [...]” (GARAPON, 2001, p.44), auto afirmando-se, perante aqueles órgãos, como potencial garantidor das determinações constitucionais.

Num cenário de extremo desgaste institucional, Têmis, a deusa da justiça, representada nesta obra pelos agentes do Poder Judiciário, supera a cegueira dogmática que anteriormente lhe foi imposta, assumindo papel de destaque na garantia e defesa da Constituição, especialmente no sentido de concretizar direitos fundamentais.

Com efeito, segundo leciona Luís Roberto Barroso (2005, p.1):

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço na justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Este avanço da justiça constitucional em direção às questões políticas se dá, principalmente, em razão das promessas consignadas na Constituição que, não sendo cumpridas pelos órgãos representativos (campo político), são objeto de concretização via judicial (campo jurídico).

Entretanto, como já alertamos no capítulo anterior, essa atuação diferenciada dos órgãos judiciários encontra resistências. As principais delas são os argumentos de que tal postura está provocando uma indevida judicialização da política, além de que o Poder Judiciário não partilha de legitimidade democrática para tanto.

Sendo assim, começaremos a estudar, no próximo tópico, o fenômeno da judicialização da política, bem como o fenômeno do ativismo judicial, para que se tenha uma compreensão do tema.

## **6.2 Judicialização da Política**

Segundo ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.61), pelo fato de que a atividade jurisdicional é uma das manifestações fundamentais do Estado contemporâneo, pois este assumiu para si o monopólio da solução dos conflitos de interesses, então a jurisdição é uma das faces do poder político.

Ainda, seria possível afirmar que o “judiciário realiza atividade politicamente útil junto á comunidade na perseguição do adimplemento dos compromissos e programas constitucionais, que tem nos tribunais uma de suas arenas favoritas de viabilização compulsória” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.62).

Acontece que a judicialização da política é uma das maiores resistências contra a concretização dos direitos fundamentais do cidadão pela via judicial. Neste sentido, partir-se-ia “da premissa da existência de uma dicotomia entre *questões jurídicas* e as *questões políticas*” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.62),

sendo que em relação a estas últimas, o Poder Judiciário não estaria autorizado a as conhecer.

Entretanto, há realmente uma diferença entre questões políticas e questões jurídicas? Quando uma questão deixa de ser política e se torna juridicamente acionável?

Conforme nos ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.65-66):

Em uma primeira tentativa conceitual, pode-se dizer que ao campo de alcance do controle judicial correspondem [...] as *questões jurídicas* (judiciárias, jurisdicionáveis ou, ainda, justiciáveis) e àquele ambiente em que se localizam assuntos impenetráveis pela mão revisora do Judiciário dá-se o nome de *questões políticas*.

Dessa forma, questão política é todo ato de poder que não pode ser efetivamente apreciado pelo Poder judiciário, ainda que seja apresentado para em algum tribunal (SOUZA JUNIOR, 2004, p.66). Neste sentido, o campo da atuação jurisdicional se restringiria apenas às questões jurídicas, isto é, passíveis de discussão nos tribunais.

Acontece que a zona fronteira, que distingue as questões políticas das questões jurídicas, é nebulosa. Assim, “a alegada invulnerabilidade do ato não inibe a apreciação judicial, pois é da índole de todo Estado democrático propiciar a avaliação de qualquer controvérsia pelos tribunais” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.70).

Isso significa que a questão, embora assuma uma roupagem política, sempre poderá ser discutida em juízo, pois ao Poder Judiciário cabe o dever de julgar todas as questões que lhe são submetidas. Isto porque, mais do que a questão em si, discute-se a pretensão jurídica que cerca aquela questão.

Neste sentido, Antoine Garapon (2001, p.44):

A *politização da razão judiciária* não tem outro equivalente senão a *judicialização do discurso político*. As reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termos jurídicos que ideológicos, e os direitos individuais e formais suplantando os direitos coletivos e substanciais.

Dessa forma, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, cabe ao juiz dela conhecer, decidindo a matéria” (BARROSO, 2005, p.06).

Além disso, o Poder Judiciário é o guardião dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cabendo-lhe a proteção do cidadão contra qualquer ato que apresente qualquer resquício de abuso de poder. Sendo assim, se um ato político afrontar a constituição, o Poder Judiciário pode e deve intervir, para a manutenção da supremacia constitucional e do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o Poder Judiciário não pode se eximir de apreciar as questões políticas, porque “pior que os riscos de decisões judiciais politicamente abusadas seria não haver canal algum para as soluções de controvérsias de fundo político” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.85).

Conforme pondera Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.99-100):

Ao aumentar a pressão deste tipo de demanda judicial, especialmente a partir do surgimento do chamado Estado Social, que, como visto, incorporou promessas e compromissos de vulto nas cartas constitucionais, um novo fenômeno multidimensional, interdisciplinar e materialmente expansivo passou a ser observado e estudado. A esse fenômeno tem-se dado o nome de *judicialização da política*.

Dessa forma, quando se fala em judicialização da política, está a se indicar “o envolvimento crescente do Judiciário em questões de índole essencialmente política” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.102), pois a solução daquelas, ao invés de se dar no campo do jogo político, dá-se por determinação judicial.

Trata-se do ensinamento de Luís Roberto Barroso (2005, p.03):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Luís Roberto Barroso (2005, p. 03-04) apresenta três grandes causas que levaram à judicialização em nosso país. São elas: a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o nosso sistema de controle de constitucionalidade.

A redemocratização se deve à promulgação da Constituição de 1988. Com a promulgação da nova carta constitucional, o Judiciário se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de realizar a defesa e garantia da Constituição, mesmo que contra os demais poderes. Ainda, este novo ambiente democrático reavivou a cidadania, fazendo com que várias pessoas buscassem a proteção de seus direitos perante os juízes. Portanto, a redemocratização fortaleceu o Judiciário, bem como aumentou as demandas que buscam por justiça (BARROSO, 2005, p.03).

A constitucionalização abrangente também é obra da Constituição de 1988, que é caracterizada por possuir um texto analítico, extenso, contendo inúmeras matérias que antes eram resolvidas no jogo político. Neste sentido, se constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito, então os direitos constitucionalmente assegurados podem potencialmente se transformar em uma pretensão jurídica judicialmente acionável (BARROSO, 2005, p.04).

Por fim, o nosso sistema de controle de constitucionalidade é muito abrangente. Adotamos o sistema do controle difuso, no qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei que considerar inconstitucional, naquele caso concreto. Ainda, adotamos também o controle concentrado, no qual o Supremo Tribunal Federal analisa se a norma em abstrato colide ou não com os preceitos constitucionais. Neste cenário, qualquer questão política relevante pode alcançar o judiciário (BARROSO, 2005, p.04).

### 6.2.1 Judicialização e ativismo judicial

Considerando que as questões políticas podem ser analisadas pelos tribunais, quais são os critérios válidos para estabelecer os seus limites de atuação? Isto é, o tribunal pode atuar em toda e qualquer questão política?

Antonio Umberto de Souza Junior nos oferece a resposta (2004, p.85):

[...] a questão teórica dos limites de atuação dos tribunais em matérias políticas ainda não encontrou uma resposta totalmente satisfatória. A ausência de um paradigma teórico norteador empurra a questão, nos tribunais, para soluções pragmáticas: os tribunais avaliam, caso a caso, se devem ou não intervir, valendo-se de diversos artifícios, como a distinção entre questões procedimentais (*matters of procedure*) e questões substanciais (*matters of substance*). Quando ostentam tendência interventora são acusados de ativismo judicial; quando preferencialmente tímidos, de autocontenção (*self restraint*).

Diante de uma questão política que lhes é submetida, os juízes podem tomar duas posturas: autocontenção ou ativismo. Em outras palavras, diante da judicialização de uma questão política, os tribunais podem tomar uma daquelas duas atitudes, que são antagônicas.

Note, então, que judicialização não se confunde com a auto-contenção ou ativismo judicial. A judicialização representa o fenômeno pelo qual uma questão política alcança o Poder Judiciário. Já a auto-contenção e o ativismo judicial são as posturas que podem ser tomadas pelos tribunais em relação a estas questões. Em suma: a judicialização depende de provocação, mas depois de provocado o Judiciário pode se auto-conter, ou assumir uma posição pró-ativa na análise daquela questão política.

Pela autocontenção, os juízes ou tribunais se eximem da responsabilidade de julgar, alegando que determinada matéria é eminentemente política, não cabendo a eles a solução de tal questão. Neste sentido, Luís Roberto Barroso explica que (2005, p.07):

O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. [...]

Veja que a auto-contenção judicial é uma postura tímida, por vezes incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos, e até mesmo inconstitucional, porque ao Judiciário cabe a defesa da Constituição, e este fim somente pode ser alcançado pelo integral cumprimento do dever de julgar.

Por outro lado, o ativismo judicial é uma postura pró-ativa, principalmente no sentido de concretização dos preceitos constitucionais. Conforme nos ensina Luís Roberto Barroso (2005, p.06):

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

E continua (2005, p.06):

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Veja que a autocontenção judicial é a postura esperada por aqueles contrários à atuação judicial, pois isto priorizaria a vitalidade da democracia, entendida como fruto do jogo político. Já os constitucionalistas defendem o ativismo,

pois seria a forma de garantir a autoridade constitucional (SOUZA JUNIOR, 2004, p.85-86), bem como o Estado Democrático de Direito e a viabilização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Conforme Luís Roberto Barroso (2005, p.07):

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Ante o exposto, pela linha defendida neste trabalho, somos claramente adeptos ao ativismo judicial, desde que este seja sempre utilizado com o fim de concretização dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Passaremos, agora, a estudar a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Procuraremos demonstrar que os juízes, embora não sejam membros eleitos do poder, partilham de legitimidade democrática para justificar a sua atuação neste novo cenário democrático.

### **6.3 Legitimidade Democrática do Poder Judiciário**

A (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário é uma das mais tormentosas questões que se deve analisar quando se defende o ativismo judicial. Conforme pondera Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.105):

Sem dúvida, a maior barreira oposta ao ativismo judicial, em questões políticas, ainda é o repetido argumento de que os tribunais, compostos por agentes profissionais investidos em seus cargos sem o apoio popular, não são órgãos democráticos, não estando legitimados a intervir decisivamente sobre a atuação dos demais poderes políticos. Teme-se a outorga de tamanho poder ao Judiciário. Daí sustentarem muitos que o exame judicial deve cingir-se aos aspectos de mera adequação formal dos respectivos

requisitos constitucionais ou que a vitaliciedade dos juizes da Corte ou a forma de sua escolha torna espúria a atividade de controle judicial dos atos políticos.

Existem duas formas de se justificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário: ou se demonstra que a atuação judicial tem bases democráticas, ou se demonstra que a imagem democrática dos poderes eleitos é, na verdade, uma ilusão (SOUZA JUNIOR, 2004, p.104).

Sendo assim, neste trabalho optamos por comprovar que a atuação judicial encontra fundamento na democracia. Não iremos nos enveredar pelo segundo caminho, porque, ao se querer demonstrar a ineficiência (e deficiência) dos poderes eletivos como causa de justificação da legitimação democrática do Poder Judiciário, poder-se-ia erroneamente concluir que a sua atuação só é legítima porque, hoje, as alternativas estão comprometidas.

Dessa forma, procuraremos comprovar a legitimidade democrática do Poder Judiciário não pela deficiência da alternativa (crise da imagem democrática dos poderes eletivos), mas por seus próprios méritos, pois se trata de uma verdadeira instituição do Estado Democrático de Direito.

Mas porque devemos buscar fundamentos para legitimação democrática do Poder Judiciário na decisão das questões políticas, como aquelas que se referem às omissões inconstitucionais?

Porque as decisões judiciais devem ser imbuídas de autoridade incontestada para que possam surtir seus efeitos. E essa autoridade somente pode ser alcançada através da legitimidade. Trata-se da reflexão de Antonio Umberto de Souza Junior nos dá essa resposta (2004, p.104):

[...] devem as decisões dos tribunais desfrutar de autoridade. E a autoridade, ou seja, a respeitabilidade ou, mais precisamente, a vontade de sujeição não simplesmente por se tratar de uma obrigação incondicional, mas pela construção de um juízo de valor positivo no âmbito de influência de suas ações, somente pode ser alcançada pelo canal da legitimidade. É a legitimidade que propicia autoridade do poder. E a mesma é alcançada pela formação de um consenso livremente manifestado pela comunidade em que o poder atue. Em outras palavras, faz-se necessário demonstrar a existência de fatores (fatos ou argumentos) que permitam supor a legitimidade de atuação dos tribunais no campo político, sem arranhão ao sistema democrático.

Sendo assim, a seguir, apresentaremos alguns argumentos que contribuem para afirmação da legitimidade democrática do Poder Judiciário enquanto órgão concretizador das determinações constitucionais.

### 6.3.1 A Constituição como fonte de legitimação democrática

O principal argumento para não se reconhecer a legitimidade democrática do Poder Judiciário é que seus membros não são eleitos. Dessa forma, as decisões judiciais não poderiam, em nenhuma hipótese, determinar soluções que arranhassem a liberdade democrática dos agentes políticos.

Acontece que não há somente uma modalidade de legitimação democrática. Neste sentido, Luís Flávio Gomes nos ensina que (1997, p.120):

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica dos altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político.

Veja que se consegue distinguir pelo menos duas modalidades de legitimação democrática: a representativa e a legal. A legitimação representativa é aquela que deriva diretamente do voto, do sufrágio universal, típica dos poderes eletivos.

A legitimação legal é aquela que deriva da lei, mas não qualquer lei, mas sim da própria Constituição Federal. Assim, “o fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2005, p.11).

A Lei Máxima é fruto da democracia atuante originária, manifestação máxima do Poder Constituinte inicial. Neste sentido, a legitimação democrática do Poder Judiciário encontra justificação no próprio Poder constituinte originário, cujo principal produto é a Constituição. Ora, quando da formação da Assembléia Constituinte, o povo, por meio de seus representantes legais (constituintes originários), depositou a esperança da guarda e concretização da Constituição nos órgãos judiciais.

Sendo assim, a legitimação democrática do Poder Judiciário será sempre, no mínimo, de igual valor à legitimação representativa, porque mesmo que não derive de uma estacional vontade da maioria, é produto da manifestação democrática fundante do Estado. Em outras palavras, o Poder Judiciário “tiene encomendada la poderosa misión de hablar em última instancia en nombre del poder constituyente” (VIGO, 2006, p.350).

Como bem salienta Luís Flávio Gomes (1997, p.122):

A legitimação política, só porque é representativa, não significa que é mais importante ou que goze de maior hierarquia perante a legitimação judicial (formal ou legal): ambas as modalidades de legitimação foram concebidas pelo Poder Constituinte e estão previstas na Constituição; ambas estão no mesmo pé de igualdade. [...] Não cabe discutir, assim, qual das duas legitimações é mais democrática: ambas o são. O que se espera, isto sim, é que cada Poder estatal cumpra suas tarefas, sobretudo as constitucionais, rigorosamente dentro dos seus limites, sob pena de rompimento do necessário equilíbrio entre os poderes.

Portanto, quando o Poder Judiciário é provocado a se pronunciar sobre determinada questão de cunho político, ele o deve fazer, porque possui legitimidade democrática para tanto.

Por fim, aqui se enquadra o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, que decorre de sua supremacia, atributo máximo do plano da validade normativa. Ora, o Poder Judiciário, ao determinar a aplicação da Constituição, estará instrumentalizando o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, tonando a sua atuação legítima, pois constitucionalmente assegurada.

Essa observação é de extrema pertinência, porque o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição será o principal instrumento utilizado pelo Poder Judiciário no controle judicial das omissões inconstitucionais, visando-se a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo.

### **6.3.2 Do movimento inter-institucional de funções**

O movimento inter-institucional de funções é uma teoria de justificação que confere legitimação extraordinária ao Poder Judiciário, conferindo a este órgão a possibilidade de, no exercício de suas funções, reproduzir os mesmos efeitos que a atuação dos demais poderes geraria.

Então, por exemplo, observando-se o movimento da função legislativa para o Poder Judiciário, este órgão poderia, por meio de uma decisão judicial concretizadora, efetivar um direito fundamental previsto numa norma constitucional não regulamentada, pois esta decisão judicial teria o mesmo efeito prático da criação de uma norma regulamentadora.

Veja que o movimento inter-institucional de funções somente se aplica em caso de deformidade sistêmica, isto é, quando da deficiência de uma ou mais instituições que compõe o sistema jurídico do qual fazem parte.

Veja que se trata de um movimento de funções, porque se pressupõe que seja temporário. É inter-institucional, porque a função de uma instituição do Estado (poderes eleitos) migra para outra (Poder Judiciário). Em suma: as funções dos poderes eleitos temporariamente estão sendo transferidas ao órgão judicial, até que a deficiência sistêmica seja sanada.

Dessa forma, normalizada a situação deficitária, cessa o movimento de funções, caso contrário isto causaria uma concentração de poder e conseqüente hipertrofia de uma das instituições do Estado, levando ao autoritarismo, perigo à

legalidade, perigo à existência do princípio republicano e do próprio Estado Democrático de Direito.

Por fim, note que o movimento inter-institucional de funções é uma teoria geral de legitimidade extraordinária. Isso significa que, por exemplo, em caso de deformidade da função judiciária, os outros poderes do Estado, no exercício das suas funções, também poderiam atuar no sentido de promover o mesmo efeito prático que a atuação jurisdicional produziria.

### **6.3.3 O neoconstitucionalismo: a prevalência dos direitos fundamentais**

Atualmente, várias Constituições incorporam, em seus textos, normas abertas, carregadas de princípio e valores, rompendo com o paradigma positivista puro, propugnado nos termos da teoria de Hans Kelsen.

Segundo Antonio Cavalcanti Maia (2007, p.02), a incorporação desses conteúdos substantivos nas estruturas normativo-legais, especialmente constitucionais, implica numa nova forma de se enfrentar a relação entre direito e moral, já que os princípios abriram as portas do direito positivo para uma maior influência da moral.

Este novo paradigma jusfilosófico recebe vários nomes: neoconstitucionalismo, constitucionalismo de direitos, constitucionalismo avançado ou simplesmente paradigma argumentativo (MAIA, 2007, p.03). De qualquer forma, este novo paradigma revela “a emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos [...]” (CADEMARTORI, 2008, p.351).

Sobre a definição de neoconstitucionalismo, Antonio Cavalcanti Maia salienta que (2007, p.11):

O neoconstitucionalismo representa um paradigma jurídico em formação que, entre outras coisas, reformula o problema clássico do conceito de direito e de seu valor moral a partir da análise de dois questionamentos: a carga axiológica do direito nos Estados constitucionais e o funcionamento e a estrutura particulares das normas sobre direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988, recheada de normas principiológicas, contendo alta carga valorativa, além de prever um extenso rol de garantias e direitos fundamentais, rompe com os padrões do constitucionalismo tradicional, exigindo-se um maior empenho na sua concretização.

Nota-se, na doutrina do neoconstitucionalismo, o apego e uma especial afeição em relação aos direitos fundamentais. Com efeito, segundo nos ensina Antonio Cavalcanti Maia (2007, p.12-13):

[...] constata-se que, através dos direitos fundamentais e de sua capacidade de irradiação pelo ordenamento jurídico, tem-se um dos exemplos mais eloqüentes da constitucionalização do direito, a par de um mecanismo de garantia de efetivação dos impulsos emancipatórios, oriundos do pensamento político moderno e transpostos para os textos constitucionais hodiernos.

Veja que, pela alta carga principiológica das normas constitucionais, o Poder Judiciário assume particular relevância na interpretação de tais normas, devendo sempre buscar a maior efetividade do texto constitucional. Neste contexto, há a “necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, conseqüentemente, de um novo Poder Judiciário”, justamente porque a sua atuação, agora, é orientada “pela proteção dos direitos fundamentais previstos no texto maior” (OLIVEIRA NETO, 2008, p.145).

Neste sentido, em razão da prevalência dos direitos fundamentais, “[...] é indiscutível, em tempos de neoconstitucionalismo, o crescente protagonismo do Judiciário, em especial das Cortes Constitucionais” (MAIA, 2007, p.10), *pois determinar o cumprimento dos direitos fundamentais legitima a atuação judicial.*

Ora, “a legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação destes direitos” (CADEMARTORI, 2008, p.351). Isso significa que a atuação judicial, visando a

implementação dos direitos fundamentais, é legítima, porque a concretização de tais direitos é o fim último do Estado Democrático de Direito.

Por fim, a atuação judicial no sentido da concretização dos direitos fundamentais não só é legítima, mas também é dever do órgão jurisdicional. Com efeito, diante de uma omissão inconstitucional, “tem o judiciário não só o direito, mas o dever de agir no suprimento dessa omissão” (CADEMARTORI, 2008, p.355), caso contrário também estará incorrendo em omissão inconstitucional, pois deveria ter cumprido o seu dever constitucional de garantia da Constituição, mas se ficou inerte.

#### **6.3.4 A proteção dos direitos fundamentais como fonte de legitimação democrática: os tribunais como palco do cenário democrático**

Os órgãos da jurisdição têm a precípua função de garantir e concretizar os direitos fundamentais do cidadão. Com efeito, “na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de ‘garante’ dos direitos fundamentais está o principal fundamento da legitimação democrática da jurisdição e independência judicial” (GOMES, 1997, p.120).

Hoje, mais do que nunca, esta função está sendo amplamente exigida dos juízes, o que pode ser comprovado pela grande quantidade de demandas em que se pleiteia a garantia de determinado direito constitucional. Sendo assim, retomaremos aquela questão anteriormente posta, mas que será agora desenvolvida, de que as reivindicações políticas se expressam mais facilmente em termos jurídicos do que ideológicos.

Neste sentido, Antoine Garapon pondera que (2001, p.45-46):

[...] É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política. Eis porque a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados

que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política. [...] O aumento de poder da justiça não deve ser entendido como uma transferência da soberania do povo para o juiz, porém como uma transformação do sentimento de justiça. Só podemos sair desta 'oposição dramática' entre a soberania popular e os juizes, de que fala Jacques Lenoble, se concluirmos que a transformação do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia.

Devido a grande indiferença dos poderes eletivos para com a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, estes encontraram na via judicial uma forma de exigí-los. É neste aspecto que o ativismo judicial não deve ser entendido como "capricho de um juiz liberal", mas sim a forma pela qual o judiciário, dentro dos limites de sua função, encontrou para garantir cidadania aos seus jurisdicionados.

Dessa forma, "a justiça não se limita a oferecer aos atores da vida política um recurso suplementar. Tal progressão da justiça autoriza a *transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas perante uma jurisdição em termos jurídicos*" (GARAPON, 2001, p.47).

Assim, a jurisdição, apreciando as questões políticas, que foram preteridas pelo jogo político, poderá, em termos jurídicos, determinar soluções concretas para tais questões, até mesmo porque os órgãos judiciais são co-responsáveis pela formação de um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Antoine Garapon (2001, p.47):

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "déficit democrático" de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. O juiz é chamado a socorrer uma democracia [...]

Diante desta crise de representação política, os cidadãos, não mais coniventes com a situação que lhes é imposta, demanda do judiciário a

materialização de uma pretensão juridicamente acionável, pretensão esta que foi esquecida no plano político. A questão migra do campo da política para se tornar juridicamente exigível e potencialmente concretizável.

É neste cenário que os tribunais se tornam o *locus* contemporâneo da democracia. Conforme profetiza Antoine Garapon (2001, p.48-49):

A cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se *um espaço de exigibilidade* da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente do que a representação política clássica, intermitente e distante.

Veja, então, que como a atuação judicial se torna uma via direta para a concretização dos direitos fundamentais, “o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar a sua representação” (GARAPON, 2001, p.49). O cidadão não aceita mais se envolver em uma luta política coletiva sem sentido, razão pela qual, escolhe, através dos procedimentos jurídicos, por si só, exigir seus direitos frente ao Estado, justamente porque num tribunal ele está, ficticiamente, em pé de igualdade em relação a aquele (GARAPON, 2001, p.49).

Mas porque, qual a razão do Poder Judiciário ter se tornado palco das lutas democráticas? Quais as características que transformaram os órgãos judiciários no novo palco do cenário democrático?

Vários são os motivos, mas estes estão principalmente ligados às características da judicatura. São elas: imparcialidade, processo, transparência, neutralidade, fundamentação das decisões, contraditório, dentre outras razões (GARAPON, 2001, p.45).

Conforme bem salienta Antoine Garapon (2001, p.45):

[...] o juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética de deliberação coletiva. Isso explica por que o Estado se desfaz de algumas de suas prerrogativas sobre instancias quase jurisdicionais, como o são as

autoridades administrativas independentes. Por que essas questões seriam mais bem apreciadas por quase-jurisdições do que pelo próprio Estado? Talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem então mais legítimas que o exercício solitário de uma vontade política.

As expectativas políticas frustradas são transferidas para o judiciário, porque este poderá apreciar a questão na sua acepção jurídica, enquanto órgão dotado de imparcialidade, ainda que isso signifique uma decisão contrária aos interesses políticos dominantes, situação esta que nunca seria possível de ser obtida no jogo político.

Neste sentido, pelo fato do juiz estar livre das influências políticas, por ser imparcial na análise das questões que lhe são submetidas, “a justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado” (GARAPON, 2001, p.45).

Além disso, observa-se que a democracia é caracterizada essencialmente pela discussão, pela disputa (geralmente das classes políticas). Assim, podemos afirmar, categoricamente, que a justiça cumpre tal requisito, legitimando sua atuação também sob este prisma.

Segundo explica Antoine Garapon (2001, p.51):

A justiça não oferece uma representação da paz, não inspira a idéia de uma ordem harmoniosa, mas, ao contrário, a do conflito, da dialética, da disputa, da discórdia. A particularidade da cena judiciária é de celebrar não a harmonia, mas a divisão, ou, mais exatamente, a passagem da divisão à unidade reencontrada.

Ora, a jurisdição tem a função de resolver os conflitos de interesses. Particularmente, no nosso estudo, a justiça se vê obrigada a julgar um conflito, cujo interesse do particular conflita com o interesse desviado do Estado, no qual uma resposta necessariamente deverá ser dada.

Para que tal resposta seja dada, as partes conflitantes travarão uma batalha jurídica, dentro do espaço oportunizado pelo instrumento processual, caracterizando-se um amplo debate democrático de variações múltiplas. Nota-se,

assim, “[...] a própria natureza dialética da função jurisdicional [...]” (GOMES, 1997, p.123), legitimada pelo contraditório.

Ainda, “a justiça oferece o espetáculo de um poder desacelerado, dividido, susceptível de recurso, de apelação, de revisão” (GARAPON, 2001, p.51). Neste sentido, a jurisdição se torna um campo fértil para o desenvolvimento e garantia da democracia.

### **6.3.5 A proteção das minorias como fonte de legitimação democrática**

É certo que a democracia representa o governo da maioria. Entretanto, esta noção não é mais absoluta, porque a maioria não pode, por qualquer justificativa, justamente porque esta não há, oprimir a minoria indefesa.

Neste caso, o Poder Judiciário deve sempre “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, 2005, p.12), porque a igualdade substancial é a nova face da democracia, deixando-se de lado o aspecto meramente numérico.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p.15):

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidade uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

Ora, as minorias constituem, de certa forma, pedra angular na manutenção da vitalidade do sistema democrático, razão pela qual devem ser protegidas contra eventuais ataques de uma maioria ensandecida. Com efeito, “nenhuma maioria, ainda que irrefutável, pode tornar legítima a condenação de um

inocente ou atenuar um erro cometido em prejuízo de outro cidadão” (GOMES, 1997, p.121). Neste sentido, o controle judicial é um eficaz mecanismo.

Conforme nos ensina Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p. 109/111):

O controle judicial oferece, como grande vantagem, a possibilidade de que as minorias (partidárias, raciais, religiosas, culturais), sem acesso formal ou real ao centro do poder deliberativo, possa, vislumbrando alguma afronta ao ordenamento constitucional, influir, por via oblíqua, no processo político, retirando-as da posição marginal a que rotineiramente são relegadas. [...] Aqui, mais que democraticamente legítima, a atuação dos tribunais é pressuposto essencial para a própria existência do sistema democrático. E esse papel é possível porque o Judiciário deve atuar de modo imparcial, ao contrário de legisladores e administradores.

Dessa forma, através da via judicial, a minoria pode conseguir a voz política que lhe foi tolhida, garantindo-se, assim, a defesa da Constituição e o desenvolvimento da cidadania e, inclusive, da democracia saudável.

### **6.3.6 A necessidade de provocação como fonte de legitimidade democrática**

A jurisdição, pela sua própria natureza, é inerte. Isto é, os órgãos jurisdicionais não atuam de ofício, devendo ser provocados para que se pronunciem sobre determinada questão. “Logo, seu envolvimento em impasses políticos não ocorre por seu desejo, mas como mera decorrência do cumprimento de seus deveres institucionais” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.114).

Desta forma, observa-se que o Poder Judiciário é legitimado a apreciar as questões políticas posto que provocado pelos próprios cidadãos, destinatários das determinações constitucionais. Além disso, depois de provocado, ao judiciário cabe “a entrega indeclinável e inevitável da prestação jurisdicional” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.115), que deve ser sempre orientada no sentido de garantir o estrito cumprimento das normas constitucionais.

No que tange à provocação da jurisdição, vários assuntos são de relevante importância, tais como as ações coletivas, bem como a atuação do Ministério Público.

Iremos desenvolver, aqui, principalmente, a atuação do Ministério Público. A Constituição Federal de 1988 conferiu posição de destaque ao Ministério Público ao considerá-lo, em seu artigo 127, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Além disso, constitui “a essência do Ministério Público a atribuição de garantir a efetiva aplicação da lei – *enforcement* [...]” (GOMES, 2003, p.20). Ora, se o Ministério Público é o fiscal da lei, também o é da Constituição, pois esta é a nossa Lei Maior. Sendo assim, cabe também ao Ministério Público zelar pelo cumprimento das normas constitucionais.

Veja que o Ministério Público é, sem dúvida, “um agente político constitucionalmente qualificado à interferência, junto a qualquer poder, em determinadas situações, no exercício do poder político estatal” (GOMES, 2003, p.21). Anota-se que as interferências ministeriais são legítimas tanto na ação, como na omissão dos poderes constituídos.

Conforme nos ensina Luís Roberto Gomes (2003, p.124):

Cabe à instituição ministerial, por outras palavras, investigar se a omissão em foco gera descumprimento inaceitável de normas, diretrizes e princípios constitucionais traçados pelo constituinte ou normas infraconstitucionais traçadas pelo Legislativo, e se dessa inércia resulta lesão concreta a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Observa-se que uma das formas de interferência ministerial, necessária ao cumprimento e observância da Constituição, em caso de omissão do Poder Público, é a provocação do Judiciário, para que este determine a plena realização dos preceitos constitucionais. Mas não é só isso, o Ministério Público também pode tomar medidas extraprocessuais, como as recomendações.

Esta é a lição de Luís Roberto Gomes (2003, p.22):

Destarte, quando o Estado se revela omissivo, e a omissão é ilícita, dado que deveria agir, é perfeitamente possível que o Ministério Público, ainda que não eleito por voto popular, intervenha, invocando o controle jurisdicional, ou mesmo por veículo extraprocessual, como a recomendação, para, respectivamente, obrigar o agente estatal à ação ou indicar-lhe o caminho legal para suprir a omissão, sob pena de responsabilização, porque agente político constitucionalmente qualificado para tanto, pelo próprio titular soberano do poder político estatal.

O Ministério Público, então, é órgão legitimamente democrático, pois lhe foi incumbida a função de “defender o regime democrático”, entendida a democracia como “igualdade *in concreto* e *erga omnes*, que confira a todos, de fato, as mesmas oportunidades de usufruir os bens da vida” (GOMES, 2003, p.22).

Além disso, conforme observa Luís Roberto Gomes (2003, p.24-25):

[...] se o Ministério Público tem por missão institucional a defesa do regime democrático, cabe-lhe, além de fiscalizar que o governo seja legitimamente do povo e pelo povo, lutar para a efetivação do princípio da igualdade, o núcleo essencial da democracia e a verdadeira razão de sua existência, a fim de que o governo também seja verdadeiramente para o povo.

Neste sentido, se a provocação do órgão ministerial é democrática, então a resposta jurisdicional dada também é legítima, caso contrário a própria provocação, enquanto instrumento de concretização de direitos, seria inútil. Portanto, a uma provocação democraticamente legítima corresponde uma resposta jurisdicional de igual legitimidade.

### **6.3.7 A criação do Direito como fonte de legitimidade democrática**

Já há muito tempo se abandonou a idéia de completude do sistema jurídico-normativo, porque “por mais criativo e minucioso que seja o legislador a

norma já nasce lacunosa, pois a vida oferece inesgotáveis hipóteses fáticas, a maioria delas desconfortável na moldura legislativa” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.112).

Neste sentido, o Poder Judiciário, a todo momento, é chamado a se manifestar sobre determinadas situações do caso concreto que, a princípio, não se enquadram em nenhuma previsão normativa. E, pelo fato de que a jurisdição é indeclinável, o juiz estaria obrigado a decidir todas estas causas que lhe são apresentadas.

Este cenário abre possibilidades para várias indagações, que são apresentadas com sapiência por Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.113):

[...] Indeclinável sua função e inexistente uma norma perfeitamente enquadadora da circunstância fática sob exame, o que fazer? Vitalizar a norma existente, adequando-a ao tempo atual e aos fins sociais por ela visados, localizar regras aplicáveis ao caso (seja pela similaridade com outras situações detalhadamente disciplinadas pelo direito, seja pela via da equidade) ou escorar-se no fácil argumento da ausência de um texto legal expresso exato para indeferir a pretensão por falta de respaldo jurídico? A adoção da primeira e da segunda propostas é a que melhor combina com a finalidade precípua do Judiciário, que é a resolução dos conflitos. Resolução por ação e, não, por omissão. O juiz, simplesmente, reproduz o Direito, ou seja, gera das entranhas da norma geral ou do sistema jurídico como um todo nova norma (ou nova aplicação para a norma), de caráter individual e aplicável somente ao caso analisado.

Então, o juiz, ao ser provocado a se manifestar sobre situações não expressamente contempladas pela lei, pode tomar o caminho mais fácil, e se eximir do dever de julgar, ou pode assumir uma postura firme e aplicar (ou estender) o direito existente ao caso concreto, contribuindo para constante atualização do sistema jurídico-normativo.

Conforme pondera Luís Flávio Gomes (1997, p.66):

[...] o juiz não tem legitimidade para elaborar as regras gerais e abstratas do jogo democrático, mas tem o dever indelegável de garantir o desenvolvimento do jogo democrático *limpo*; é da atividade legislativa-criadora do Poder Político derivado (Executivo e Legislativo), bem como da atividade interpretativa complementar do juiz que nasce, sob o império da Constituição votada e aprovada pelo Poder Constituinte, o verdadeiro *ordenamento jurídico* (o Direito), válido para *todos* dentro do Estado de Direito.

Portanto, a criação do Direito somente se completa através da função interpretativa do juiz, justamente porque é esta função que confere completude ao sistema jurídico. Em outras palavras, enquanto os poderes eleitos se esforçam na elaboração dos textos normativos, o Poder Judiciário o mantém vivo, atualizado, adequado à vida social.

### **6.3.8 O modo de escolha dos juízes, e as garantias do Poder Judiciário, como fonte de legitimação democrática**

No Brasil, a principal forma de ingresso na magistratura é através de concurso público de provas e títulos. Dessa forma, o candidato se submete a uma prova e alcança a pontuação mínima, o que indica que ele possui qualificação técnica necessária, poderá se tornar um magistrado.

Além disso, pode-se chegar ao Poder Judiciário, especificamente aos tribunais, por indicação política. Neste caso, os candidatos são indicados pelo Chefe do Executivo e sabatinados pelo órgão legislativo e, se aprovados, integrarão o tribunal respectivo.

Veja que, embora explicado de forma absolutamente genérica, constata-se que não há qualquer eleição para a escolha dos membros do Poder Judiciário. Este, muito freqüentemente, é um dos argumentos que impedem o reconhecimento da legitimidade democrática do órgão judicial.

Entretanto, tal argumento não deve prosperar. Ora, o exercício da magistratura é uma função eminentemente técnica, razão pela qual o concurso público se torna a melhor via para o ingresso nessa carreira. Tanto o é que, mesmo nos casos de indicação política, analisa-se o currículo do indicado, a fim de se ponderar se possui ou não capacidade de exercer tal nobre função.

Além disso, “o argumento da ausência de eleição dos juízes também pode ser rebatido pela existência de parlamentares (suplentes) e administradores

(ministros e secretários) investidos de poder com pouco ou nenhum apoio popular” (SOUZA JUNIOR, 2004, p.107).

Por fim, a legitimidade democrática do Poder Judiciário encontra fundamento nas suas garantias, quais sejam: a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios. Tais garantias contribuem para a efetiva independência daqueles que exercem a função jurisdicional, pois se tornam livres de qualquer influência política, o que não acontece com os membros dos poderes eleitos.

Conforme salienta Luís Roberto Barroso (2000, p.167), “[...] a falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado”.

Ainda, mesmo nos casos de indicação política, ao ser nomeado integrante do Poder Judiciário, a pessoa adquire todas as supracitadas garantias, razão pela qual não deve sucumbir perante qualquer influência ou pressão que venha a sofrer.

### **6.3.9 Os precedentes judiciais, na elaboração das leis, como fonte de legitimidade democrática**

No nosso sistema, os precedentes judiciais são uma importante fonte na elaboração das leis. O parlamento, com certa freqüência, utiliza os precedentes judiciais, isto é, a construção jurisprudencial sobre determinado tema, para a elaboração de textos legais. É o que acontece, por exemplo, em relação ao direito de família.

Ora, o sistema jurídico é incompleto, já que a norma, por mais perfeita que seja, nunca conseguirá disciplinar todas as situações que faticamente podem existir. Neste sentido, torna-se de vital importância a interpretação judicial, já que

esta é responsável por alargar ou restringir o alcance da norma, dependendo do caso, a fim de adequá-la à realidade social.

Sendo assim os precedentes judiciais, na medida em que constituem a base da elaboração de leis, conferem legitimidade democrática ao Poder Judiciário, pois demonstra que, embora seja uma função eminentemente técnica, é exercida para o povo.

Além disso, os precedentes judiciais também podem funcionar como freio à atividade legislativa nociva aos interesses dos cidadãos. Neste sentido é a observação de Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.111):

Outro sintoma dos benefícios democráticos da intervenção judicial mais incisiva em questões de órbita política resta configurado pela constante postura do parlamento em guiar seus movimentos por decisões judiciais anteriores. Os precedentes permitem antever a reação judicial quanto à determinada proposição e, sendo sombrios os cálculos da maioria interessada, induz a desistência do projeto ou a negociação com as minorias, buscando uma decisão consensual

Portanto, seja funcionando como material para elaboração de textos normativos, seja pra orientar a ação da própria política legislativa, os precedentes judiciais confirmar a legitimidade democrática do Poder Judiciário.

#### **6.4 A atuação Pró-ativa do Judiciário pode transformá-lo num super poder?**

Um dos piores temores de uma postura ativista dos órgãos jurisdicionais é justamente a criação de um Estado Jurisdicional. Isto é, teme-se que o Poder Judiciário se transforme em um super-poder, caracterizando-se, assim, a ditadura do Judiciário.

Entretanto, tal temor, tal como acontece na doutrina de Carl Schmitt<sup>12</sup>, não encontra bases racionais no dia de hoje, até mesmo porque há várias formas de se realizar o controle das decisões judiciais. Veremos, a seguir, algumas delas, tais como o dever de fundamentação das decisões judiciais, o princípio do contraditório nas relações processuais, dentre outros.

#### **6.4.1 Publicidade da atuação dos tribunais**

O artigo 93, IX da Constituição Federal dispõe expressamente que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, salvo nos casos em que seja necessária a preservação do direito à intimidade do interessado.

Vê-se, então, que a regra é a publicidade dos atos processuais. Ora, o processo, instrumento utilizado pela jurisdição para a solução dos conflitos de interesses, deve ser público, para que todas as pessoas possam realizar o controle de tal atividade.

Atualmente, por exemplo, todos os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal são transmitidos, ao vivo, pela “TV Justiça”, contribuindo para uma maior transparência no julgamento dos processos. Com efeito, “a visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia” (BARROSO, 2005, p. 02).

---

<sup>12</sup> Em sua obra intitulada “Legalidade e Legitimidade”, Carl Schmitt defende que a legitimidade é decorrência lógica da legalidade. Dessa forma, legítimo é o Estado Legiferante, pois a legalidade somente pode emanar deste e de mais nenhuma outra fonte jurídica (2007, p.20). Neste sentido, impossível seria o controle judicial das leis, pois isto impregnaria o Estado Legiferante Parlamentar de elementos próprios de um Estado Jurisdicional, pois comprometeria o parlamento como fonte central da legalidade (2007, p.26).

#### 6.4.2 A fundamentação das decisões judiciais

Ainda, conforme o artigo 93, IX da Constituição Federal, todas as decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade. Vê-se, então, que sob esta perspectiva, a atividade jurisdicional se difere substancialmente da atividade política.

Conforme pondera Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.107):

Ao contrário dos parlamentares e administradores, os tribunais são institucionalmente obrigados a prestar explicações, por escrito, das razões que orientam suas decisões, expondo-se aos litigantes, à imprensa e ao público em geral, sujeitando-se tanto a controles internos (recursos a instâncias superiores, reclamações às corregedorias) quanto externos (*impeachment*, controle da coletividade, campanhas da mídia etc.), o que, em última análise, pode torná-los mais “responsáveis” perante a comunidade que outros agentes políticos ou, na mais pessimista das hipóteses, mais transparente.

Dessa forma, o dever de fundamentação é um ônus imposto ao Poder Judiciário durante o cumprimento do seu dever de julgar. A necessidade de fundamentação lógico-racional é o parâmetro a ser utilizado para o controle da atividade jurisdicional, isto é, trata-se de um dos parâmetros a ser utilizado para impedir que este Poder tome decisões arbitrárias, sem respaldo normativo.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2005, p.18):

A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa *jurídica*. Sujeita-se, assim, aos cânones da racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes.

Além disso, em razão do surgimento de um novo paradigma teórico-constitucional (neoconstitucionalismo), em que se observa uma clara conexão do

direito com a moral, através das normas princípio, exige-se do magistrado um maior empenho na fundamentação de suas decisões.

Conforme pondera Antonio Cavalcanti Maia (2007, p.10-11):

Os métodos tradicionais de resolução dos conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com “casos difíceis”, se tornem filósofos (Dworkin) e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.

Ora, a alta carga valorativa das normas princípio implica um alto grau de abstração. Isto faz com que o juiz deva construir um raciocínio juridicamente hígido para sustentar as premissas de sua decisão. Nas palavras de Rodolfo Luis Vigo (2006, p.347):

Esse juego de valores, principios, derechos fundamentales o naturales implica cierta indeterminación acentuada, porque en definitiva pone al desnudo La posibilidad de una pluralidad de respuestas jurídicas frente al mismo caso según que el intérprete ponga el acento en uno u outro de los elementos axiológicos presentes en el derecho. Es que la aplicación de estos últimos conlleva que el intérprete deba construir o reconstruir un juicio normativo que será la premisa mayor de su silogismo práctico em orden a la solución del caso, dado que solo a través de esa mediación normativa se puede resolver o concluir una norma para ese particular caso sobre la base de aquel principio o valor o derecho natural.

Portanto, “as constituições principiológicas não oferecem uma única solução em cada conflito, exigindo um maior e melhor trabalho interpretativo do juiz constitucional na fundamentação de sua decisão” (LOPES, 2008, p.63), já que o juiz deverá, por meio de uma argumentação racional, “construir uma norma em donde pueda subsumirse dicho caso” (VIGO, 2006, p.348).

Por fim, pelo fato do Poder Judiciário estar vinculado à uma fundamentação teoricamente convincente e dogmaticamente honesta, a motivação das decisões judiciais também confere à atividade jurisdicional uma específica legitimação.

Conforme pondera Luís Roberto Barroso (2005, p.14):

Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.

Como se vê, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais é, na verdade, fonte de legitimidade democrática e mecanismo de controle da atividade jurisdicional. Isso porque a argumentação racional deve ser sempre utilizada no sentido de se extrair a melhor interpretação possível do texto legal, ao mesmo tempo em que deve ser utilizada como base para o controle da própria decisão.

#### **6.4.3 A ética judicial**

Conforme já se foi demonstrado, o cenário atual exige do Poder Judiciário uma postura mais ativa e participativa no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Neste cenário, aumenta-se a discricionariedade do juiz quando da realização dos julgamentos, pois o magistrado não está mais vinculado à letra fria da lei, podendo, inclusive, valer-se de juízos valorativos.

Para tentar coibir eventual discricionariedade irresponsável, surgem várias técnicas de controle da atividade jurisdicional. Uma delas é justamente a fundamentação das decisões, baseada numa argumentação racional. Uma outra é chamada de “ética judicial” (VIGO, 2006, p.351).

Nas palavras de Rodolfo Luis Vigo (2006, p.352-353):

[...] podemos decir que la ética judicial requiere ciertos comportamientos, aún mejor, de una cierta personalidad o idoneidad ética, pues hablamos de comportamientos o hábitos que presumiblemente facilitan o se necesitan para la obtención de los bienes comprometidos en esa actividad o que favorecen la aceptación de las decisiones judiciales fruto de cierta discrecionalidad por parte de sus destinatarios. Para decirlo em negativo: la ausencia de esa personalidad o idoneidad ética, o sea, esos comportamientos o hábitos opuestos a aquellos comprometen *ab initio* esa posibilidad, presunción o aceptación de los destinatarios.

Portanto, ética judicial nada mais é que uma postura proba do magistrado. Isso significa que o juiz deverá seguir certos padrões de comportamento, a fim de que sua atuação seja legítima e aceita pelos destinatários de sua decisão. Neste sentido, “imparcialidade, boa-fé, honestidade, responsabilidade social e capacidade teórica impõem-se aos magistrados” (MAIA, 2007, p.18).

#### **6.4.4 As decisões judiciais são baseadas, preponderantemente, em critérios legais**

Quando diante de um caso, o magistrado sempre tentará, a princípio, determinar a correta e fiel aplicação da lei ao caso concreto. Isso significa que o magistrado não julga de acordo com a sua vontade, mas de acordo com critérios racionais-legais.

Neste sentido, como a atividade judicial se baseia na lei, “essa que é fruto da vontade majoritária, deduz-se que o tribunal, indiretamente, está democraticamente legitimado no exercício de suas funções. Ele garante o vigor das regras que o parlamento aprova [...] (SOUZA JUNIOR, 2004, p.111).

Sendo assim, o campo de atuação do Poder Judiciário é apenas o interpretativo, e é nisso que consiste, exatamente, uma das formas de controle da

atividade judicial, porque o juiz não pode criar leis com eficácia geral e abstrata, como faz o legislativo (GOMES, 1997, p.65), a menos que a lei assim o permita. Por exemplo, podemos citar, hoje, as súmulas vinculantes que, em sua essência, tem eficácia geral e abstrata, embora não sejam consideradas, propriamente, lei.

Além disso, desde que não se afronte direitos e garantias fundamentais, ao Poder Legislativo sempre cabe a elaboração de novas leis, contrárias ao entendimento jurisprudencial fixado. Nos ensinamentos de Antonio Umberto de Souza Junior (2004, p.112):

[...] afora decisões que tenham como centro gravitacional direitos e garantias constitucionalmente intocáveis (naquelas constituições rígidas ou semi-rígidas), sempre resta ao parlamento descontente a saúde de contornar os “equivocos” judiciais por meio de novas leis que impeçam julgamentos futuros no mesmo sentido [...].

É neste sentido que Luís Roberto Barroso observa que (2005, p.12):

[...] Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2005, p.12).

Portanto, os juízes sempre estarão vinculados à lei e, sobretudo, à Constituição. Isso significa que o juiz somente poderá afastar a aplicação da lei com base única e exclusivamente na Constituição, caso contrário deverá determinar a aplicação de seu conteúdo, ainda que não concordem com ele.

## **6.5 Ponderações Finais: “críticas” a um sistema que exige uma postura excessivamente ativista dos juízes**

Veja que, como já declarado, somos adeptos ao ativismo judicial, mas desde que este seja responsável. Além disso, o ativismo judicial, hoje, revela-se como resultado de uma deficiência que assola nosso sistema, deficiência esta causada, principalmente, pela crise de representatividade dos poderes eleitos.

Neste cenário, como já salientado anteriormente, observa-se um movimento inter-institucional de funções dos órgãos eletivos ao Poder Judiciário. Trata-se de um movimento, porque se pressupõe que seja temporário. É inter-institucional, porque a função de uma instituição do Estado (poderes eleitos) migra para outra (Poder Judiciário). Em suma: as funções dos poderes eleitos temporariamente estão sendo transferidas ao órgão judicial, até que a deficiência sistêmica seja sanada.

É claro que esse movimento temporário de funções, que confere legitimidade democrática ao poder Judiciário, tem várias conseqüências. Antoine Garapon nos demonstra com clareza (2001, p.50):

Essa inversão de posições entre a justiça e o Estado traz pesadas conseqüências. Ao instaurar tal distância entre os poderes públicos e a fonte dos valores, a democracia é condenada a uma transformação permanente que a distingue do Estado totalitário. Ao eleger a justiça como nova cena, a democracia condena o direito positivo a um déficit permanente. O direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço da arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política.

Como se depreende, uma das várias conseqüências que se pode extrair deste novo cenário é a centralização das expectativas no direito. Acontece que o direito, por si só, assim como acontece com a política, não consegue resolver todos os problemas da vida em sociedade. Desta forma, assim como a deficiência política, o uso excessivo do direito pode causar deformações sistêmicas.

Antoine Garapon ainda observa que (2001, p.53):

O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como seu pouco uso.

Posto isso, não “estamos postulando uma Magistratura irresponsável e ilimitada, muito menos uma *República dos Juízes*” (GOMES, 1997, p.124), mas apenas uma atuação estritamente necessária para a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Além do mais, em razão de todas as suas limitações, como falta de estrutura, “investida de tais esperanças, a justiça pode decepcionar” (GARAPON, 2001, p.53), razão pela qual devemos nos atentar para um ativismo responsável e preocupado com a saúde da democracia.

Segundo Luís Roberto Barroso, “a doutrina constitucional contemporânea tem explorado duas idéias que merecem registro: a de capacidades institucionais e a de efeitos sistêmicos” (2005, p.16).

Em relação à capacidade institucional, discute-se qual o Poder mais habilitado a produzir a melhor decisão, em relação a determinado assunto. Neste sentido, se a questão é muito complexa, envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, o juiz pode não ser o mais qualificado a resolver tal questão, por lhe faltar conhecimento específico. É claro que, formalmente, o Judiciário, como detém a palavra final na interpretação das normas, sempre conservará tal prerrogativa. Entretanto, nas causas complexas, o poder judiciário poderia prestigiar as decisões tomadas pelos demais poderes, desde que embasadas numa discricionariedade razoável. Por exemplo, em havendo estudos e laudos científicos adequados, necessários à viabilidade de um projeto de transposição de rios, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada (BARROSO, 2005, p.16).

Autoriza-se, também, uma posição de cautela por parte do Poder Judiciário, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados. O juiz está preparado a realizar a justiça no caso concreto, o que se dá o nome de microjustiça. Entretanto, ele nem sempre dispõe de tempo, conhecimento e informações para avaliar o impacto econômico de suas decisões, que poderiam, se proferidas de modo inconseqüente, por em risco a própria continuidade das políticas públicas do governo, pois gerariam escassez dos recursos públicos (BARROSO, 2005, p.16-17).

Sendo assim, algumas vezes, ao invés do ativismo, o juiz deverá optar espontaneamente pela auto-contenção. Ressalta-se, entretanto, que nada escapa aos olhos da Constituição, devendo sempre o magistrado optar por concretizar os direitos fundamentais, especialmente o mínimo necessário a uma existência digna.

Portanto, o ativismo judicial foi o meio encontrado pelo sistema deficitário para revitalizar a democracia. Entretanto, a expansão do Judiciário “não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, a legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita pelos juízes” (BARROSO, 2005, p.19).

## **7 DO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL: TÊMIS SUPERA A CEGUEIRA DOGMÁTICA**

### **7.1 Noções Introdutórias**

Este capítulo tem como objetivo analisar o controle judicial do fenômeno da omissão inconstitucional. Para isso, temos que conceituar, primeiramente, o que é o fenômeno da inconstitucionalidade em si, para depois estudar a sua forma omissiva, bem como as modalidades de controle.

Num primeiro momento, temos que ter em mente que “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme [...]” (MIRANDA, 1996, p.11).

Com efeito, todo ato, norma ou comportamento deve observar, como condição de validade, a adequação aos preceitos da Constituição, norma máxima de um ordenamento jurídico. Em outras palavras, o pressuposto a ser tomado para constatação da validade de qualquer norma, ato ou comportamento integrante do sistema jurídico é sempre a conformidade ou não com a Constituição.

Neste sentido, “[...] a concordância, a relação positiva da norma ou do acto com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa, implica invalidade” (MIRANDA, 1996, p.11).

Segundo Jorge Miranda (1996, p.11), “uma teoria da inconstitucionalidade pode ser encarada sob mais do que uma perspectiva ou direcção”.

A primeira perspectiva está relacionada com a norma constitucional. Indaga-se se a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, ou se coloca apenas num plano superior entre as demais normas jurídicas. No primeiro

caso, a constituição se mostra como fundamento de validade do sistema, ao passo que, no segundo caso, a constituição funda somente a validade das normas e dos atos que lhe são *imediatamente* subordinados. De qualquer forma, é através da análise da norma constitucional que se constata o fenómeno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade (1996, p.12).

A segunda perspectiva, da teoria da inconstitucionalidade, é encarada sobre o prisma do ato ou da norma. A constitucionalidade, neste caso, contempla-se como aspecto particular de validade, isto é, a constitucionalidade é a validade de certas normas e atos. Como se compreende a inconstitucionalidade pela validade e esta é composta por valores jurídicos, para se encontrar os valores jurídicos da norma e do ato inconstitucionais, deve-se ter como parâmetro de análise uma teoria dos valores jurídicos (1996, p.12-13).

A terceira perspectiva não é vista sob o ponto de vista da invalidade, mas da sanção da invalidade, que representa a garantia da Constituição. É claro que a garantia da constituição repousa na invalidade, mas isso não é suficiente, porque a norma e o ato inconstitucional não devem subsistir e a Constituição deve ser resposta na sua eficácia (1996, p.13).

Jorge Miranda é enfático ao dizer que (1996, p.13):

[...] na perspectiva da garantia dá-se a efectiva obrigatoriedade da Constituição como meta e importam sobretudo os meios de a alcançar, os meios a organizar para que a norma e o acto se conforme com a Constituição. Na perspectiva da garantia, para lá da descrição da inconstitucionalidade como invalidade, procura-se a garantia da Constituição na relação concreta, procura-se a eficácia da norma constitucional. Ela é obrigatória, porque norma jurídica, e garante-se a eficácia dessa obrigatoriedade; impede-se com isto que perdure uma norma ou um acto inconstitucional, portanto inválido.

A ideia de Garantia da Constituição é particularmente necessária quando se tem como ponto de análise uma Constituição Dirigente, que traça vetores de atuação aos Poderes Públicos e normas programáticas, que estabelecem um objetivo-fim a ser alcançado pelo Estado em relação aos seus cidadãos.

As Constituições Dirigentes, em grande parte das vezes, especialmente em relação aos Direitos Sociais, limitam-se a somente prever os

programas a serem implementados, relegando a efetiva concretização destes programas aos poderes constituídos eletivos.

Neste sentido, a Constituição Dirigente é composta de várias normas de eficácia limitada, já que reclamam um regramento posterior que venha desenvolver o seu conteúdo e os efeitos de aplicação. Podemos observar, claramente, o chamamento da Constituição, aos seus agentes constitucionais, por meio de expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei” ou “a lei definirá”, dentre outros, para que concretizem os seus comandos.

Acontece que, por conter normas de eficácia limitada, dentre elas as normas programáticas, a Constituição Dirigente pode encontrar desafios quando da sua concretização, porque, muitas vezes, o agente constitucionalmente vinculado não obedece ao chamamento constitucional que lhe foi dirigido, deixando de cumprir o que foi determinado pela Norma Máxima. Temos, aqui, uma crise de desobediência, e que deve ser sanada, para restaurar a força vinculante da Constituição, enquanto instrumento de cidadania e afirmação dos direitos e garantias fundamentais.

É neste sentido que este trabalho tem como preocupação maior a garantia do cumprimento e realização da Constituição. Entretanto, apesar do “reconhecimento generalizado de que existe a necessidade de *Defesa da Constituição*, o modo como esta é realizado varia de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico, cada um dos quais criando seus mecanismos próprios” (DANTAS, 2001, p.26).

Portanto, para que seja possível uma efetiva defesa da Constituição, é mister que definamos, da maneira mais detalhada possível, as formas de inconstitucionalidade que existem, justamente para que se possa criar uma teoria de enfrentamento de tais invalidades digna de aplicação.

Vejamos, como a Constituição é pressuposto de validade do sistema, qualquer espécie infraconstitucional<sup>13</sup> que se adéqüe aos seus preceitos estará protegida pela validade constitucional, sendo, portanto, constitucional. Por outro lado, se a espécie infraconstitucional desrespeitar a *autoridade constitucional*, não

comungará da validade que permeia todo sistema, razão pela qual será considerada inválida (inconstitucional).

Da *autoridade constitucional* decorre o seu *poder de constrangimento compatibilizador*, responsável pela sua garantia. O poder de constrangimento compatibilizador exterioriza-se de diferentes formas, a depender de alguns fatores, como o tipo de espécie infraconstitucional inválida, bem como a forma de desrespeito (inconstitucionalidade) intentada contra a Constituição.

Como o tipo de espécie infraconstitucional e a forma de inconstitucionalidade definem o tipo de resposta constitucional que será dada contra o vício de validade que a afronta, demonstrada está a razão pela qual se deve definir, primeiramente, as inconstitucionalidades, para depois se falar em garantia da Constituição.

Por exemplo, em se tratando de inconstitucionalidade por ação (espécie de inconstitucionalidade), consubstanciada na edição de uma norma inválida (espécie infraconstitucional), a Constituição, em regra, por meio da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, constrangerá a norma, expulsando-a do ordenamento jurídico, desconstituindo sua existência jurídica, bem como os efeitos que dela decorreram.

Note que se a espécie infraconstitucional em questão fosse um comportamento, o tratamento jurídico a ser adotado para o restabelecimento da autoridade constitucional se daria de modo diferente, porque não há como se constranger um comportamento. Constrange-se, na verdade, aquele que se comporta de maneira inconstitucional.

Deixe-se registrado, desde já, que os outros poderes constituídos também corporificam o poder constitucional de constrangimento compatibilizador, já que o Poder Executivo pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional e o Poder Legislativo pode sustar eventual ato regulamentar inválido emanado pela autoridade administrativa. Entretanto, esta é uma discussão que terá lugar em momento oportuno.

---

<sup>13</sup> Por espécie infraconstitucional queremos designar todo ato, norma, comportamento, omissivo ou não, ou qualquer outra forma de existência jurídica que seja passível de ser considerada inconstitucional.

## 7.2 Conceito de Omissão Inconstitucional

Ressalta-se que o ordenamento jurídico pode exigir, em determinadas situações, uma conduta pró-ativa, caso em que, automaticamente, proíbe-se a omissão. Da mesma forma, nas situações em que o ordenamento exige uma conduta omissiva, automaticamente, proíbe-se a ação.

Trata-se da lição que nos ensina André Vicente Pires Rosa (2006, p.134), ao profetizar que “el ordenamiento jurídico puede exigir una acción, y por lo tanto prohibir la respectiva omisión, o exigir una omisión, y por ello prohibir una acción, em búsqueda siempre de um determinado resultado que repercute em La vida social”.

Isto também se aplica ao ordenamento constitucional, já que, em muitas situações, a Constituição exige, para que seja efetivada, uma ação, orientada por um dever de atuação imposto; já em outras, exige uma abstenção, orientada por um dever de omissão, também imposto ao responsável pela realização dos preceitos da norma máxima.

Dessa forma, a Constituição pode ser desrespeitada por ação ou omissão. Assim, “vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer o que ela determina” (BARROSO, 2000, p.157).

Nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève (2000, p.51), “Não é apenas a ação do Estado que pode ofender a Constituição. Deveras, a inércia do Poder Público e o silêncio legislativo igualmente podem conduzir a uma [...] inconstitucionalidade por omissão”.

Segundo Regina Macedo Nery Ferrari (2004, p.355):

[...] o não cumprimento da Constituição pode advir de uma ação, quando os órgãos destinatários do poder atuam em desconformidade com as normas e princípios da Constituição, e da inércia ou do silêncio, quando os órgãos permanecem inertes, não cumprindo as normas necessárias para aplicação e concretização da lei maior.

Veja, então, que a Constituição é desrespeitada por ação quando uma espécie infraconstitucional, comissivamente, afronta os seus preceitos; ou por omissão, quando ausente, intencionalmente, a espécie infraconstitucional necessária à realização dos preceitos constitucionais.

Pela proposta de nosso trabalho, daremos especial atenção à inconstitucionalidade por omissão. Isso porque não há uma uniformidade de tratamento e critério para constatação e caracterização da chamada inconstitucionalidade por omissão, o que impede a possibilidade de um controle eficaz sobre a mesma.

Note que “a Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada” (FERRAZ, 1986, p.217), razão pela qual a inércia do órgão responsável por efetivar o comando constitucional, revela-se como comportamento manifestamente inconstitucional.

Ainda, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.218):

E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, como guardiães da Constituição.

Dessa forma, os poderes constituídos e seus órgãos componentes devem se empenhar em concretizar os efeitos de aplicação das normas constitucionais, por meio das espécies infraconstitucionais. Em outras palavras, “essa atuação do poder constituído pode significar a edição de uma lei, como a realização de qualquer medida necessária à efetiva aplicação e cumprimento da Constituição”. (FERRARI, 2004, p.357)

Como se vê, “as Constituições prevêm diferentes meios de integração e aplicação de suas normas; isto significa que a Constituição atribui a distintos poderes o dever de aplicar e atuar a norma constitucional” (FERRAZ, 1986, p.221).

Dessa forma, “fala-se em inconstitucionalidade por omissão de medida político-administrativa, de medida judicial ou de medida legislativa” (CLÈVE, 2000, p.322).

Neste sentido, André Vicente Pires Rosa (2006, p.136):

La inactividad del legislador no es la única que puede tener lugar em las diversas funciones de la entidad estatal, esto es, la omisión del legislador es una especie del género omisión. Se puede hablar también del mismo modo de una omisión de naturaleza ejecutiva o judicial.

Portanto, como os três poderes constituídos são guardiões da Constituição, eles devem, obrigatoriamente, cumprir com os deveres que lhes foram designados. O descumprimento desse dever de ação gera a inconstitucionalidade por omissão do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, por traição e afronta direta à confiança que a Constituição lhes depositou para o resguardo de seus preceitos.

Sendo assim, é importante que estudemos as três principais espécies de omissões inconstitucionais, quais sejam as caracterizadas pela inércia do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como suas formas de controle.

### **7.3 Omissão Inconstitucional Legislativa**

Visando evitar confusões que a terminologia empregada possa trazer, importa salientar que ao se falar em omissão inconstitucional legislativa, quer-se referir às várias espécies de omissão inconstitucional a que o Poder Legislativo pode incorrer.

O Poder Legislativo, assim como os demais poderes constituídos, pode ferir a Constituição ao não cumprir com a ordem que lhe foi imposta pela Norma Máxima. Esse descumprimento pode se dar de várias formas, tais como a não edição de lei, quando ordenado pela Constituição; pela edição de uma norma

incompleta ou defeituosa; ou por não efetuar a fiscalização dos demais poderes, quando a Constituição expressamente lhe atribuiu essa função.

Este é o entendimento de Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.222):

[...] a inércia do Poder Legislativo tanto ocorre quando esse poder deixa de legislar, isto é, não edita a lei necessária para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação, como quando se omite na prática de atos de controle, fiscalização, ou de qualquer natureza que deve, por força de disposição expressa, praticar.

Portanto, o estudo das omissões inconstitucionais será delimitada em três vertentes principais. A primeira se refere ao descumprimento total do dever de legislar, a qual inclui a não edição da norma regulamentadora e a não colmatação das lacunas jurídicas. A segunda se refere ao cumprimento defeituoso do dever de legislar, a qual inclui a omissão parcial e a não atualização das normas. A terceira se refere ao descumprimento do dever de fiscalização.

### **7.3.1 Omissão inconstitucional legislativa pelo descumprimento total do dever de legislar**

A omissão inconstitucional legislativa decorrente do descumprimento total do dever de legislar é gênero, que comporta duas espécies principais: a não edição da norma regulamentadora e a não colmatação de lacunas jurídicas.

Num breve introdutório, as duas espécies têm em comum o descumprimento total do dever de legislar, isto é, o legislador não cria norma alguma. Por outro lado, a diferença entre as duas terá como parâmetro a “situação” que deixou de ser regulada em razão da não edição normativa.

Com efeito, na primeira espécie há a previsão de uma norma constitucional (disciplina constitucional de determinado assunto), mas que reclama uma norma regulamentadora para que possa se tornar concretamente aplicável. Por outro lado, na segunda espécie não há sequer disciplina da matéria no ordenamento jurídico, razão pela qual o legislador tem o dever de criá-la, através da edição de uma norma.

Portanto, como se vê, enquanto que a primeira espécie se refere à regulamentação de uma disciplina jurídica já existente, mas carente de aplicação por si só, a segunda espécie se refere à criação de uma disciplina jurídica que ainda não existe, mas que é necessária.

#### **7.3.1.1 A não edição da norma regulamentadora**

A norma regulamentadora é a espécie normativa necessária à constituição dos efeitos de aplicação de determinadas normas constitucionais que, por si só, não possuem capacidade de aplicação. Neste sentido, “a legislação é um *médium* necessário para a actualização-concretização das normas constitucionais e, por isso, a liberdade do legislador democrático aparece jurídico-constitucionalmente vinculada quanto à iniciativa da lei” (CANOTILHO, 1994, p.307).

Assim, “nos casos em que a Lei maior impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora de atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará um caso de inconstitucionalidade por omissão” (BARROSO, 2000, p.161-162).

Observe que, o Poder Legislativo, ao deixar de editar tal norma regulamentadora, está impedindo a aplicação e realização da Constituição, incorrendo em *comportamento* manifestamente inconstitucional. Com efeito, “além do dever de não editar atos inconstitucionais, o legislador tem o dever de

regulamentar a Constituição, sob pena de recair na inconstitucionalidade por omissão” (SOUZA, 2004, p.45).

Segundo dispõe André Vicente Pires Rosa (2006, p.140):

[...] la omisión legislativa inconstitucional es la situación de hecho contraria a La Constitución que tiene como origen la no actuación del legislador y como consecuencia la imposibilidad de ejercicio de derechos configurados en la Norma Constitucional por los titulares que ella define, impidiendo, así, la realización del Estado social en su vertiente directamente prestacional.

Dessa forma, omissão inconstitucional legislativa por não edição de norma regulamentadora pode ser definida como a inércia consciente do Poder Legislativo no sentido de impedir ou retardar a criação de uma norma, necessária à aplicação dos preceitos constitucionais, quando a constituição expressamente lhe impôs esse dever.

Segundo salienta Clèmerson Merlin Clève (2000, p.324):

O silêncio transgressor, a inércia do legislador – é dizer, a omissão inconstitucional –, não podem ser concebidos de um ponto de vista puramente naturalístico. O comportamento só assume a qualificação de omissão em relação a uma norma que impõe a alguém o dever de agir [...]

Conforme André Vicente Pires Rosa, a omissão legislativa por ausência de edição normativa não pode ser tomada “en un sentido tan amplio que siempre que todo y cualquier contenido constitucional no esté desarrollado legislativamente pueda hablarse de una inconstitucionalidad por omisión” (2006, p.137).

Nas palavras de Canotilho (1994, p.331):

A omissão legislativa inconstitucional significa *que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo de não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.*

Frisa-se, então, que a omissão inconstitucional legislativa pela não edição de norma regulamentadora se caracteriza quando se observa um dever específico, constitucionalmente imposto, referente a edição da norma. Sendo assim, “o simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional” (CANOTILHO, 1994, p.332).

Canotilho (1994, p.332), em sua obra, vai mais longe. Para este autor, as *ordens constitucionais gerais de legislar*, que representam deveres de legislação abstratos, como as normas programáticas, embora configurem deveres de ação legislativa, não estabelecem concretamente o molde de atuação legislativa. Se assim o é, não se poderia falar, no caso de omissão, em silêncio legislativo inconstitucional.

Com o máximo respeito, não podemos concordar com esta posição. Ainda que a constituição não estabeleça parâmetros concretos de atuação legislativa, se desta atuação depender a realização constitucional, então a desobediência a esse dever, ainda que abstrato, configuraria nefasta omissão inconstitucional.

Conforme salienta Ricardo Silveira Ribeiro (2003, p.66):

Mais modernamente [...] o constitucionalismo tem entendido ser possível caracterizar-se uma omissão com base na não-execução de imposições constitucionais abstratas. Assim, certas construções hermenêuticas podem ser capazes de fundar um certo dever de legislar apto a engendrar omissão constitucionalmente relevante.

Sendo assim, a omissão inconstitucional legislativa tem como pressuposto um dever de atuação constitucionalmente dirigido ao legislador, dever este que lhe impõe a aplicação da própria Constituição. Isso significa que “qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar, seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional” (CLÈVE, 2000, p.325).

Neste sentido, Maria Regina Nery Ferrari (2004, p.363):

[...] tem-se de admitir que, embora a realização dos fins e objetivos da Constituição dependa da luta política, o seu não-cumprimento também é comportamento inconstitucional, e, quando esse estiver estribado em omissão ou inércia de atos legislativos normativos ou não, também podem proporcionar omissão inconstitucional, em que pese a dificuldade de sua caracterização.

Frisa-se, portanto, que a caracterização da omissão inconstitucional envolve mais do que a consideração do dever de legislar, individualmente considerado. Sempre que a aplicação do texto constitucional restar comprometido pelo descumprimento de um dever de legislar, concreto ou abstrato, expresso ou implícito, configurada está a omissão inconstitucional.

Neste sentido, pertinente é a observação de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 517) ao ponderar que “a omissão inconstitucional pressupõe um dever constitucional de legislar, que tanto pode ser derivado de ordens concretas contidas na Lei Fundamental quanto de princípios desenvolvidos mediante interpretação”.

Dessa forma, o dever constitucional de legislar pode estar concreta ou abstratamente previsto na Constituição, ou até mesmo ser resultado de inferência interpretativa principiológica. A questão é que a violação deste dever, por inércia do legislador, dá margem à caracterização da omissão inconstitucional.

#### **7.3.1.1.1 Pressupostos de caracterização**

Veremos, agora, os parâmetros para a caracterização da omissão inconstitucional pela não edição da norma regulamentadora. Ora, sabemos que a omissão inconstitucional é definida como a inércia consciente e deliberada do legislador em descumprir uma ordem constitucional.

Entretanto, quais são os parâmetros que nos permitem afirmar que, no caso posto sob análise, realmente estamos diante de uma omissão inconstitucional? É a essa pergunta que pretendemos responder. Para isso, passaremos por questões

atinentes ao tempo, importância da norma regulamentadora, prejuízos causados pela sua ausência, dentre outros.

Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.218):

Configura-se *inércia* constitucional quando há inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma disposição constitucional deixa de ser plenamente aplicada por falta de atuação do poder competente para este fim, por um tempo mais ou menos longo.

Veja que a questão do tempo consubstancia-se em um dos fatores necessários à caracterização da omissão inconstitucional. E não poderia ser diferente, pelo fato de que a própria atividade legislativa pressupõe tempo, já que a edição de normas depende da atuação política no âmbito do respectivo órgão legislativo.

Sendo assim, a “inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que deveria ter sido produzido o ato que viesse a propiciar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais” (FERRARI, 2004, p.367).

Note que, em alguns casos, a própria Constituição Federal prevê um tempo determinado para edição de uma norma regulamentadora, caso em que o transcurso desse tempo específico e determinado será suficiente para caracterizar a omissão inconstitucional.

Impede observar, entretanto, que “nesses casos, como a inobservância da norma é, em regra, seguida de sanções, a inércia dificilmente se verificará e, se ocorrer, será sanada pela forma constitucional prevista” (FERRAZ, 1986, p.219).

O problema reside nas situações em que Constituição exige a edição de norma regulamentadora, mas não prevê prazo específico para sua elaboração. Isso acontece, por exemplo, nos casos das normas constitucionais programáticas, cuja realização é gradativa.

Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.221):

Em se tratando de normas programáticas dirigidas, por exemplo, à ordem econômica e social em geral, e que nem sempre têm ou podem ter uma integração legislativa imediata, a caracterização de inércia legislativa, no tempo, não é de fácil solução. É claro que é necessário um lapso, por exemplo, o decurso de uma legislatura, para que tal possa ser verificado.

Como se vê, não há uma fórmula exata que possa ser aplicada para se descobrir, exatamente, qual seria o lapso de tempo necessário para a caracterização de uma omissão inconstitucional. Sendo assim, o reconhecimento do transcurso de um prazo razoável deverá ser feito de acordo com cada caso concreto, levando-se em considerações aspectos jurídicos e políticos.

Essa cautela encontra particular relevância naqueles preceitos que “não se esgotam na prática de um ato, em prazo determinado ou determinável, mas são ordens permanentes para a realização ou concretização dos fins e objetivos da Constituição” (FERRARI, 2004, p.363), tais como são as chamadas normas programáticas.

Ressalta-se que, mesmo neste caso, a omissão inconstitucional é identificável. Porém, a ausência de atuação, aqui, deve ser analisada num contexto de atos, já que o cumprimento do preceito constitucional se dá progressivamente, e não instantaneamente.

Isso significa que, ainda que o preceito não tenha plena capacidade de aplicação, deve-se analisar se o órgão legislativo está se empenhando satisfatoriamente a regulamentá-lo, caso contrário, poder-se-ia falar em omissão inconstitucional.

Nota-se, entretanto, que o requisito prazo, como parâmetro da caracterização da omissão inconstitucional legislativa, encontra resistências em algumas doutrinas.

André Vicente Pires Rosa (2006, p.145), utilizando-se dos ensinamentos de Villaverde Menéndez, defende que a omissão legislativa adquire a característica da inconstitucionalidade quando, da inércia do legislador, origina-se uma situação contrária à Constituição, situação esta regida por uma norma implícita também contrária à constituição. Assim, o que se controlará, realmente, na tentativa

de controlar os efeitos da omissão legislativa inconstitucional, é a *eficácia antijurídica* dessa norma implícita.

Além do mais, segundo o referido autor, o requisito tempo não seria um fator decisivo para a caracterização da omissão legislativa inconstitucional, porque a razoabilidade do tempo da inércia do legislador é uma variável relativa e discutível (2006, p.147).

Nas suas palavras (2006, p.147-148):

Los efectos de las omisiones legislativas inconstitucionales no están, a nuestro modo de entender, vinculados al transcurso de cierto período temporal. La inconstitucionalidad que se origina por una omisión legislativa se constata a partir de la vigencia de la norma implícita contraria a la Constitución. Y la vigencia de tal norma implícita solamente es posible porque no existe la norma explícita que debe ser elaborada por el legislador. Ahí está la omisión legislativa inconstitucional.

Particularmente, somos adeptos dos que entendem ser necessária a análise de razoável transcurso de tempo para a caracterização a omissão legislativa inconstitucional. Isso porque, embora este parâmetro realmente não resolva definitivamente o problema, trata-se de um dos menos fluidos critérios de avaliação.

Temos que ressaltar que o tempo é inerente ao próprio processo legislativo. Isto é, não se pode exigir que o legislador ordinário, por exemplo, no mês seguinte à entrada em vigor da ordem constitucional, edite uma lei complexa, que seja necessária à aplicação de alguma norma constitucional. Isso porque o debate em torno do texto da lei, bem como sua minuciosa análise e criteriosa redação, é condição para a regular e correta efetivação da norma constitucional a qual regula.

Além disso, a “caracterização de inconstitucionalidade por omissão não está ligada apenas a critérios de tempo, prazos, mas também à importância da medida não realizada, indispensável para a aplicação das normas constitucionais”. (FERRARI, 2004, p.367).

Em outras palavras, deve-se observar se aquela norma não editada é condição para constituição dos efeitos de aplicação da norma constitucional posta sob análise, e a importância desta norma constitucional não regulamentada para a manutenção da ordem constitucional e concretização de direitos dos cidadãos.

Neste sentido, se a norma constitucional não regulamentada tem importância secundária na *concretização dos direitos dos cidadãos, especialmente os sociais*, então a ausência da norma regulamentadora, a princípio, não será considerada como omissão inconstitucional, desde que o órgão legislativo esteja se empenhando a concretizar as normas de importância primária.

Dessa forma, a combinação do requisito tempo com a importância da norma constitucional tolhida na sua regulamentação revela-se um critério que poderia ser utilizado como parâmetro para constatação da omissão inconstitucional.

Com efeito, é possível a adoção de alguns critérios objetivos para a análise da razoabilidade do tempo necessário à edição da norma regulamentadora. Além do que, é quase que pacífico o entendimento de que a concretização dos direitos fundamentais são assuntos de importância primária no atual Estado Democrático em que vivemos.

Por exemplo, como toda votação no Congresso Nacional é pública, pode-se extrair cópias das pautas de votação, a fim de se constatar quais eram os assuntos em debates, e quais foram efetivamente aprovados. Se ficar constatado que, durante certo período, os textos aprovados eram de importância secundária ou, ainda pior, de constitucionalidade duvidosa, enquanto que a concretização de direitos fundamentais foi relegada ao segundo plano, parece certo que estaríamos diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Veja que a análise da pauta de votação do órgão legislativo, bem como a análise dos assuntos postos em debate, não resolve definitivamente o problema. Entretanto, trata-se de um parâmetro menos fluido do que a simples interpretação abstrata, desconectada de dados concretos da realidade.

Ainda, um outro parâmetro que deve ser analisado para caracterização da omissão inconstitucional é a existência ou, ao menos, a possibilidade de existência de um prejuízo, ou risco de lesão, aos destinatários da norma constitucional não regulamentada, posto que não podem desfrutar dos direitos que esta lhes concede por ainda não terem sido desenvolvidos (ROSA, 2006, p.143).

Com efeito, segundo ensina André Vicente Pires Rosa (2006, p.143-144):

El ciudadano, frente al Estado social, tiene derecho a ciertas prestaciones específicas entre las cuales no se encuentra el derecho a velar por la integridad del ordenamiento jurídico infraconstitucional. Éste está habilitado para buscar la realización de estas prestaciones cuando sea reconocido como su legítimo titular. Será solo a partir de la negativa a la concesión de la respectiva prestación, fundada en la inexistencia de norma, que se podrá afirmar que la omisión legislativa es inconstitucional y está produciendo algún efecto incompatible con el Texto Constitucional.

Uma observação deve ser feita, em razão da linha de raciocínio de que desenvolve nesse trabalho. Ressalta-se que ao defender a possibilidade de concretização judicial das omissões legislativas, principalmente no tocante à efetivação dos direitos sociais que se revelem verdadeiros direitos subjetivos, não se está a afastar a caracterização da omissão inconstitucional.

Ora, embora o prejuízo, ou o risco de lesão, possa ser sanado, ou impedido, por determinação judicial, saliente-se que a atuação judicial, neste caso, é uma característica do período em que vivemos. Na verdade, essa responsabilidade atribuída ao judiciário configura uma tentativa de se corrigir, temporariamente, uma anomalia institucional sistêmica que aflige a existência dos demais poderes constituídos.

O que devemos considerar é que a omissão legislativa caracteriza-se quando, em razão da não edição da norma regulamentadora, os cidadãos são impedidos de exercer os direitos que lhes são conferidos pela Norma Máxima, o que revela um comportamento contrário à autoridade constitucional.

Portanto, os pressupostos de caracterização das omissões inconstitucionais pela não edição de norma regulamentadora são:

a) descumprimento consciente de um dever concreto ou abstrato (geral), explícito ou implícito, de legislar, constitucionalmente imposto, consubstanciado na edição de uma norma regulamentadora, necessária à constituição dos efeitos de aplicação da norma constitucional não regulamentada;

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da não edição da norma regulamentadora;

c) a importância da norma constitucional não regulamentada; e

d) o transcurso de um prazo razoável.

Visto os pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional legislativa decorrente do descumprimento total do dever de legislar, na modalidade da não edição da norma regulamentadora, veremos, a seguir, a problemática envolvendo as lacunas jurídicas.

### **7.3.1.1.2 A problemática das lacunas jurídicas**

Esse assunto é de relevância peculiar no estudo que se desenvolve, posto que necessária a diferenciação entre o instituto das lacunas jurídicas e das omissões inconstitucionais legislativas decorrentes da não edição da norma regulamentadora.

Com efeito, “é necessário, não obstante, estabelecer uma distinção entre as ‘lacunas técnicas’ ou ‘de legislação’, que podem assumir a configuração de meras ‘situações constitucionais imperfeitas’, e as omissões inconstitucionais” (CLÈVE, 2000, p.325).

Num primeiro momento, cumpre ressaltar que as lacunas jurídicas referem-se à ausência de regulação, isto é, fala-se em lacuna jurídica quando determinado assunto não possui disciplina normativa específica no ordenamento jurídico. As lacunas jurídicas, então, estão intimamente ligadas com a noção de incompletude do ordenamento jurídico.

Conforme preleciona André Vicente Pires Rosa (2006, p.179):

El problema de las lagunas jurídicas está directamente ligado a la discusión sobre la completitud o no del ordenamiento jurídico. Se si piensa en el

conjunto de las normas jurídicas de un Estado como um sistema cerrado, sin vacíos y con solución para todas las situaciones que ocurren de hecho, carece de sentido hablar de lagunas en ese ordenamiento. Si por el contrario se admite que la construcción jurídica, por los propios condicionamientos de naturaleza social, política, tecnológica, moral, o de cualquier otra índole, inherentes al momento de la positivación normativa, está condenada a no prever todas las situaciones, entonces tendrá sentido referirse a las lagunas jurídicas.

Sendo assim, as lacunas jurídicas são mecanismos naturais de um ordenamento jurídico, mesmo o constitucional, pelo fato de que o Poder Constituinte Originário, ainda que autônomo, ilimitado e incondicionado não é um poder divino, ao contrário, é um poder instrumentalizado e exercido pelos homens, razão pela qual a exteriorização daquele acaba por se amarrar às limitações destes.

Superada está a visão de completude integral de um sistema jurídico, pelo fato de que “[...] el ordenamiento jurídico no es capaz de prever y de regular previa y específicamente todas las situaciones que presenta la vida” (ROSA, 2006, p.179), razão pela qual as lacunas jurídicas são inerentes à própria formulação do direito, posto que limitada por diversos fatores.

Além do mais, essas lacunas jurídicas podem e devem, claro que responsabilmente, fazer parte da ordem constitucional estabelecida, dando-se possibilidade ao legislador ordinário a colmatá-las. Ora, a constituição necessita de “um conteúdo aberto ao tempo, sendo as imposições legiferantes, nesta perspectiva, expressão da abertura da lei constitucional” (CANOTILHO, 1994, p.305).

Conforme pondera Canotilho (1994, p.307):

[...] A recondução das imposições constitucionais para o domínio constitucional aberto exprime também a ideia aceitável do processo dialéctico de abertura (constitucional) e vinculação (legislativa): a concretização das imposições legiferantes postula a confiança da constituição no esforço do legislador democrático (no sentido da actualização normativa dos preceitos materialmente impositivos).

Entretanto, André Vicente Pires Rosa (2006, p.179-180) é enfático ao dizer que a aceitação de que um ordenamento jurídico tem lacunas jurídicas pressupõe, evidentemente, a existência de mecanismos de colmatação. Trata-se de uma exigência necessária à integridade e continuidade da própria entidade estatal,

já que a ausência de mecanismos para colmatação das “lacunas abertas” pode levar à sua desintegração.

Superado este ponto, convém dizer que as lacunas jurídicas e as omissões legislativas inconstitucionais possuem um ponto em comum, qual seja um vazio normativo que deve ser sanado (ROSA, 2006, p.182).

Entretanto, são diferentes tipos de vazios normativos, posto que se originam de causas diversas e possuem características totalmente diferentes e que, por isso, não se confundem.

Com efeito, enquanto a lacuna jurídica se traduz na inexistência, no ordenamento jurídico, de disciplina jurídico-normativa; a omissão inconstitucional legislativa, pela não edição da norma regulamentadora, caracteriza-se pela não regulamentação consciente e voluntária de uma disciplina jurídico-normativa já existente em âmbito constitucional, disciplina esta que depende daquela regulamentação para seu desenvolvimento.

Vale dizer: enquanto que a lacuna jurídica se traduz em ausência de norma, a omissão inconstitucional em tela se traduz na ausência de regulamentação de uma norma constitucional já existente, regulamentação esta necessária à aplicação da própria norma.

Além do mais, enquanto que o vazio normativo derivado da omissão legislativa inconstitucional tem como causa o silêncio proposital e consciente do legislador, a lacuna jurídica é uma situação inerente ao próprio sistema jurídico e tem como causa, em regra, a limitação do próprio homem.

Portanto, a ausência da norma regulamentadora não gera lacuna, mas omissão inconstitucional. Isso porque o assunto, embora genericamente, já está disciplinado constitucionalmente, falta-lhe somente a regulamentação ordinária, dever imposto ao órgão legislativo.

### 7.3.1.2 Omissão inconstitucional legislativa pela não colmatação das lacunas jurídicas

As lacunas jurídicas, como visto anteriormente, caracterizam-se pela ausência total de disciplina jurídico-normativa de determinado assunto. Dessa forma, as lacunas jurídicas, em regra, não são produzidas pelas omissões inconstitucionais, mas pela própria limitação do ordenamento jurídico.

Entretanto, há situações em que as lacunas jurídicas são causadas pela própria inércia do legislador, porque este deveria disciplinar determinado assunto, mas não o fez, incorrendo em comportamento manifestamente inconstitucional, posto que, com essa atitude, descumpre a função que a Constituição lhe designou.

Dessa forma, ainda que as lacunas sejam saudáveis e “naturais numa Constituição compromissória como a nossa, se mantidas por tempo indeterminado, podem reclamar as soluções oferecidas pela inconstitucionalidade por omissão” (CLÈVE, 2000, p.326).

Em outras palavras, as lacunas jurídicas são necessárias à concretização do texto constitucional, porque permitem a atualização de seu conteúdo, através da atividade legislativa *criadora*. Entretanto, se esta atividade se mostra inerte, durante prazo razoável, pode-se transformar em verdadeira inconstitucionalidade por omissão, posto que impede o processo de transformação (atualização) constitucional.

André Vicente Pires Rosa (2006, p.183), defende que se se admite que as omissões legislativas geram lacunas no ordenamento jurídico, então há de se concluir que as lacunas são produtos da inércia do legislador. Neste caso, haveria uma espécie de *causa-efeito* entre esses dois fenômenos.

Segundo o autor (2006, p.183), as lacunas que se originam nas omissões legislativas são *lacunas especiais*. Entretanto, adverte-se que não se trata de mesma realidade, até mesmo porque os métodos tradicionais de colmatação das lacunas jurídicas do ordenamento jurídico e da lei (princípios gerais do direito,

analogia e costume) não são suficientes para por fim aos efeitos das omissões legislativas.

### **7.3.1.2.1 Pressupostos de caracterização**

Os pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional legislativa pela não colmatação de lacunas jurídicas foram analisados durante a exposição dos tópicos anteriores, cabendo a nós, agora, somente enumerá-los:

a) desrespeito consciente e reiterado do órgão legislativo à função que lhe foi atribuída pela Constituição, consubstanciada em um dever genérico à edição de normas, necessário à atualização do ordenamento jurídico;

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da não colmatação da lacuna;

c) o transcurso de um prazo razoável.

Veja-se que, aqui, não se fala em importância da lacuna a ser colmatada, e nem em importância do vazio jurídico por ela provocado no ordenamento jurídico.

Ora, as lacunas jurídicas, diferentemente das normas constitucionais não regulamentadas, não estão previstas em lugar algum, já que vão surgindo na medida em que a disciplina de determinada situação se mostra necessária.

Nota-se, então, que não é possível fazer um juízo abstrato de importância das lacunas jurídicas, porque esse juízo está, necessariamente, vinculado às condições fáticas que ensejaram seu surgimento.

É por essa razão que a “importância” da lacuna jurídica está condicionada, na verdade, ao prejuízo que a ausência de disciplina jurídico-normativa causou, e ainda causa, aos cidadãos. De tal sorte que, ausente o

prejuízo, a lacuna pode até existir, mas se torna irrelevante, do ponto de vista jurídico.

Além do mais, é necessário o transcurso de um prazo razoável, já que, constatada a existência de uma lacuna jurídica e que a edição da norma é necessária, o desencadeamento do processo legislativo, responsável pela produção normativa, exige tempo.

### 7.3.1.3 Solução

Neste tópico buscaremos apresentar alguns apontamentos para tentar contribuir com o controle efetivo das omissões inconstitucionais legislativas decorrentes do descumprimento total do dever de legislar.

Conforme ponderamos outrora, a resposta constitucional que será dada contra o vício de invalidade que afronta a Norma Máxima é determinada pelo tipo de espécie infraconstitucional violadora, bem como a forma de inconstitucionalidade por meio da qual aquela se manifesta.

Pois bem, no caso, estamos diante de um *comportamento inconstitucional*, na modalidade *omissiva*. Isto é, o legislador ordinário deveria cumprir o comando constitucional, mas desrespeita a ordem que lhe foi dirigida.

Note que, neste caso, não há norma alguma, justamente porque o fim pretendido (criação da norma) nunca chegou a se concretizar, por inércia do órgão legislativo. Isso significa que o constrangimento da norma (banimento do ordenamento jurídico) se revela ineficaz, justamente porque norma não há.

Neste sentido, outros meios devem ser ponderados como possíveis e, por que não dizer, necessários. Três respostas serão, aqui, brevemente consideradas. São elas: o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado, a supressão judicial da omissão legislativa e a ação popular de cumprimento de obrigação constitucional.

a) O constrangimento do agente constitucionalmente obrigado

Como já dito, estamos diante de omissão inconstitucional provocada por comportamento omissivo do órgão legiferante. Nota-se, desde já, a impossibilidade de se constranger o comportamento em si, até mesmo porque o comportamento é um agir, ou não agir (nosso caso), determinado por certo agente.

Sendo assim, a Constituição, exercendo o seu poder de constrangimento compatibilizador, deve constranger o próprio agente constitucional, para que o faça se orientar de acordo com o comportamento que lhe foi *ordenado*, no caso, a edição da norma.

Essa solução suscita grandes polêmicas, justamente porque a viabilização desta solução toca em pontos dogmáticos sensíveis, tais como a liberdade de conformação do legislador na edição de leis e a separação dos poderes.

Veja que determinar o sentido do comportamento legiferante resvalaria em sua liberdade de conformação, enquanto órgão democrático. É por esta razão que os órgãos de jurisdição constitucional “normalmente se limitam a *apelar* o *recomendar* al legislador que ponga fin a la inconstitucionalidad elaborando La norma necesaria o simplemente en *dar conocimiento* al legislador de la existencia de la omisión” (ROSA, 2006, p.141).

Entretanto, ressalta-se que a liberdade de conformação do legislador tornou-se quase que uma espécie de “cláusula geral” (MENDES, 2009, p.518), utilizada como mero argumento de retórica, com o fim de se impedir que o legislador pudesse ser compelido a cumprir o comando constitucional.

A questão que se afigura, então, é a seguinte: a edição desta legislação regulamentadora é um dever constitucionalmente imposto ao legislador, ou está situada no campo de sua discricionariedade?

Quando a norma constitucional não regulamentada prevê um direito subjetivo exigível juridicamente, a inércia do órgão legislativo não se revela tão nociva, posto que possível ser suprimida judicialmente.

O problema está nas situações em que o desfrute do direito depende, obrigatoriamente, da edição da lei regulamentadora. Nestes casos, questiona-se se o Poder Legislativo teria o dever de editar tais normas. Anota-se, desde já, que grandes vozes da doutrina se levantam contra e a favor do tema.

Vejamos, primeiramente, o posicionamento favorável. Conforme pondera Barroso (2000, 115):

É certo, contudo, existirem verdadeiros direitos, na acepção que aqui se lhes vem dando, que não podem prescindir da atuação do legislador ordinário. Neste caso, anteriormente ao desfrute do bem jurídico acenado constitucionalmente, surge um direito subjetivo diverso para o beneficiário da norma: o de ver regulamentada, de forma adequada, a situação jurídica esboçada na Lei maior, exigível do Poder Legislativo.

Sendo assim, há posições na doutrina que admitem a existência de um direito subjetivo à edição da norma regulamentadora<sup>14</sup>. Isto significa dizer que, se o cidadão tem direito subjetivo de que a norma regulamentadora seja editada, a esse direito subjetivo corresponde um dever. Trata-se, portanto, de um dever constitucionalmente imposto ao Poder Legislativo, que deverá cumprir o comando constitucional, e editar a norma, sob pena de inconstitucionalidade.

Vejamos, agora, o posicionamento contrário. Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 129) o Legislativo:

[...] não está obrigado a legislar, porque, nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, valendo, assim ainda, a advertência de Levi de que ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos – isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição.

---

<sup>14</sup> Neste sentido também temos Eros Roberto Grau, ao afirmar a existência de “um direito à emanção de normas quando do advento de tais normas depender a eficácia deste ou daquele preceito constitucional” (1985, p.46). Conferir, ainda, Maria Regina Nery Ferrari (2001, p.148) e Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p.173-176).

Segundo este posicionamento, não se admite a existência de um direito subjetivo à edição de uma norma regulamentadora<sup>15</sup>. Se o cidadão não tem um direito subjetivo, por consequência, não há um dever de prestação. Isto significa dizer que o Poder Legislativo tem discricionariedade na edição da norma, não podendo ser compelido a fazê-lo em caso de omissão.

Particularmente, filiamo-nos ao primeiro entendimento. Ora, a Constituição é dotada de um poder de constrangimento compatibilizador, poder este de compelir a conformação de todo o ordenamento jurídico ao seu império. Dessa forma, a Constituição também exerce tal poder sobre os poderes constituídos, razão pela qual eles devem cumprir os seus comandos.

Segundo Regina Nery Ferrari (2001, p.136):

Como se sabe, uma Constituição não possui palavras vãs, nem representa um ideário de aspirações e propósitos; muito ao contrário, o que tipifica o Direito é a imposição de condutas, e, conseqüentemente, à Lei Fundamental de um ordenamento jurídico todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário, bem como todos os membros da sociedade por ela organizada, e essa obediência não se constitui apenas em não fazer o que ela proíbe, mas também em fazer o que ela determina.

É em razão desta relação de obediência com a Constituição que os poderes constituídos devem cumprir com os deveres que lhe foram *impostos* pela Lex Mater. Se assim o é, cabe ao Poder Legislativo editar a norma regulamentadora, posto que imposição constitucional.

Neste sentido, se o Poder Legislativo faltou com o dever de editar a norma regulamentadora, entra em cena o Poder Judiciário, cujo dever é realizar o controle acerca de tal omissão, fazendo concretizar a vontade constitucional, já que esta foi a função precípua que a Constituição lhe outorgou, qual seja a de guardar pela observância e cumprimento dos seus preceitos.

---

<sup>15</sup> Neste sentido também temos Maria Helena Diniz (2003, p.121). Canotilho partilha de entendimento semelhante. Segundo o constitucionalista português (1994, p.369), o legislador tem um dever jurídico-constitucional de editar a norma regulamentadora, mas que a este dever não corresponde nenhuma pretensão jurídico-subjetiva, autonomamente acionável. Com efeito, ao longo de sua obra, Canotilho deixa claro, em muitas oportunidades, que os direitos subjetivos somente existem no âmbito da lei ordinária. Assim, as normas constitucionais não regulamentadas não alicerçam qualquer pretensão subjetiva judicialmente acionável – direito subjetivo público.

Em outras palavras, é a atuação do Poder Judiciário que, no caso de omissão dos outros poderes constituídos, faz atuar o poder de constrangimento compatibilizador que a Constituição irradia.

Portanto, não há liberdade de conformação frente a uma determinação constitucional, porque os poderes constituídos têm o *dever* de concretizar a Constituição e não de se furtarem aos seus comandos.

Esta solução também encontra resistências quando se analisa a questão sob o ponto de vista da autonomia dos poderes. Ora, fatalmente, algum órgão do Estado deverá instrumentalizar o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, determinando ao legislador o comportamento a que *deve* seguir. Isso seria inaceitável para os defensores fervorosos do dogma da separação dos poderes.

Entretanto, conforme pondera Luís Roberto Barroso (2000, p.166):

Ao ângulo jurídico, a separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseja implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui. Aliás, a análise deste princípio magno do liberalismo, desde a sua origem, passando pelo direito comparado – especialmente a atividade criadora da jurisprudência norte-americana – e vindo até a experiência brasileira quanto às sentenças normativas da Justiça do Trabalho, revela que ele está longe de apresentar uma “rigidez dogmática”.

Além disso, a separação de poderes, como vimos anteriormente, é meio para limitação do abuso de poder, e não meio para justificá-lo. Isto é, a separação de poderes não pode servir de escudo protetor à omissão inconstitucional do Estado. Não se pode utilizar os dogmas a favor da injustiça, mas sempre reinterpretá-los em benefício dos cidadãos e da concretização de seus direitos fundamentais.

Talvez essa discussão não teria lugar se houvesse a criação de um órgão constitucional específico, como acontece em alguns países europeus, responsável única e exclusivamente por interpretar a Constituição e que ocupasse lugar acima dos demais poderes constituídos. Entretanto, ainda assim, como já

vimos no capítulo anterior, questões como nomeação de seus membros e parâmetro de atuação restariam discutíveis.

b) A supressão judicial da omissão legislativa

Por supressão judicial da omissão legislativa entenda-se a ingerência do Poder Judiciário nas atribuições originariamente atribuídas ao Poder Legislativo, porque a inércia deste provocou a necessidade de atuação concretizadora daquele.

Esta solução é fortemente combatida pela doutrina. Conforme pondera André Vicente Pires Rosa (2006, p. 187), em se tratando de omissões legislativas, “[...] el mandato para integrar el ordenamiento no se envia al intérprete sino al legislador que debe elaborar la norma inexistente pero necesaria. Lo que debe crearse son lãs condiciones para el ejercicio del derecho”. E finaliza, “para que se anulen los efectos inconstitucionales de una omisión legislativa hay que realizar una tarea materialmente legislativa” (2006, p.187).

Entretanto, defende-se que, excepcionalmente, o Poder Judiciário pode sim exercer as atribuições que foram originariamente conferidas ao Poder Legislativo, desde que tenha por único e exclusivo objetivo a concretização de direitos fundamentais e manter intacta a autoridade constitucional.

Estaríamos diante de uma legitimação extraordinária, fruto de um temporário movimento inter institucional de funções, que confere a outro poder da República a prerrogativa de agir naquela situação especial, com o fim específico de concretizar a Constituição.

Trata-se, em sentido semelhante, do fenômeno que Walter Claudius Rothenburg chama, em sua obra, de “perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão”, já que, “enquanto perdurasse a ausência de disciplina legal específica, o legislador ficaria destituído pelo Judiciário” (2005, p.74).

Veja, partindo-se do pressuposto que o comando constitucional só se torna operável a partir da intermediação legislativa concretizadora, isso significa que a efetivação da Constituição estaria à mercê da vontade do legislador ordinário, posto que seria sua escolha tornar efetiva ou não aquela norma.

Entretanto, como pondera Maria Nery Ferrari (2001, p.139):

[...] considerando a supremacia da Constituição, deve-se reconhecer que colocar a aplicabilidade e observância de suas normas na dependência da atuação volitiva do Legislativo resulta em inverter a ordem das coisas, isto é, significa dizer que a Constituição só será, efetivamente, cumprida, à medida que o legislador ordinário desejar.

Assim, se a norma constitucional não regulamentada encerrar um direito subjetivo, mas que não desfrutável, pois dependente de legislação ainda não editada, o seu titular poderá levar sua pretensão ao poder judiciário, visando à concretização da norma por imposição judicial.

Neste caso, se o poder judiciário entender ser o direito exigível, deverá determinar a aplicação da norma (aplicação por imposição judicial). Ao fazer isso, o Poder Judiciário estará suprindo a omissão legislativa inconstitucional, determinando a realização da Constituição, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Segundo Regina Nery Ferrari (2001, p.115):

[...] Determinar, em concreto, se uma norma é auto-aplicativa ou não depende da decisão das autoridades de aplicação, já que por mais que a Constituição fixe o caráter operativo de certas normas, pode ocorrer que não adquiram essa condição pela atitude refratária do órgão encarregado de sua aplicação, que pode considerá-la incompleta e dependente de implementação. Isso, em muitos casos, dependerá da firmeza dos juízes, pois que, quando isso não acontecer, deverão aguardar que o legislativo dite as regulamentações necessárias que conduzam à efetivação e ao gozo dos direitos e às garantias previstas.

Note que, aqui, o Poder Judiciário também não pode se negar a efetivar um direito do cidadão, a pretexto de inexistência da norma regulamentadora, caso contrário estaria incorrendo em comportamento manifestamente inconstitucional, já que se omitiu no dever de concretizar um direito, quando lhe era possível fazê-lo.

No entendimento de Barroso (2000, p.113-114):

[...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente isto não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. [...] Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática permeada por princípios e conceitos da teoria da Constituição e do Direito. [...]

Com propriedade, Meirelles Teixeira (1991, p.333) assevera que a primeira e mais alta preocupação que o aplicador e o intérprete da Constituição deve ter, ao se deparar com uma norma constitucional, é conferir a esta norma a maior eficácia jurídica possível, seja ela de qualquer natureza, programática ou não.

Ainda, segundo Meirelles (1991, p.333), uma atitude diversa ao esforço de concretização constitucional, aliada à costumeira e quase universal inércia dos corpos legislativos, acabaria por descaracterizar a essência das constituições modernas, que é justamente suas aspirações e promessas de caráter ético-social, transformando-a em nefanda “burla ou engano”.

Foi neste sentido que, visando efetivar o comando constitucional previsto no artigo 7º, I da Constituição Federal<sup>16</sup>, decisões inovadoras se irromperam da Justiça do Trabalho, no sentido de impedir as demissões em massa de trabalhadores, na época da crise econômica.

Podemos citar, como exemplo, a atuação do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, cujo Presidente Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva suspendeu, liminarmente, as demissões em massa, efetuadas pela empresa Embraer, tendo por base “o relevante fundamento da impossibilidade de se proceder a demissões em massa sem prévia negociação sindical”<sup>17</sup> (2009, p.8).

---

<sup>16</sup> Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

<sup>17</sup> Termos da decisão do Desembargador Luís Carlos Cândido Martins Sotero, Presidente do TRT da 15ª região no dissídio coletivo nº 00309-2009-000-15-00-4. Disponível em: <<http://www.sindmetalsjc.org.br/cont/liminar-trt.pdf>> Acessado em: 1º de maio de 2010.

Trata-se claramente de uma tentativa que teve, por lastro fundamental, conferir efetivação ao artigo 7º, I da Constituição Federal, na medida em que as demissões em massa foram suspensas por terem sido consideradas abusivas e arbitrárias.

Entretanto, esta tentativa foi frustrada, porque tal decisão foi reformada pela Sessão de Dissídios Coletivos do referido Tribunal Regional do Trabalho, nos termos do voto do desembargador relator José Antonio Pancotti<sup>18</sup>.

Segundo Pancotti (2009, p.39), “não se pode reconhecer discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas”, já que uma demissão injustificada poderia caracterizar “o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania”, até mesmo porque isto revelaria clara “falta de boa fé objetiva”.

Entretanto, mesmo reconhecendo que as demissões foram abusivas, o desembargador acabou por entender que não há “garantia de emprego ou de estabilidade que justifique a reintegração, ressalvados os casos de estabilidade provisória previstos em lei ou em normas coletivas, que poderão ser objeto dissídios individuais” (2009, p.41).

Foi neste sentido que as demissões, mesmo consideradas abusivas, foram mantidas, ficando a efetivação do comando constitucional deficitário, posto que poderia ter sido determinado judicialmente, mas não o foi.

Ressalta-se aqui o tom de constatação. Ainda que as demissões não tenham sido suspensas permanentemente, observa-se, hoje, um crescente movimento no sentido da aplicação da Constituição por determinação judicial, ante a inércia dos Poderes Públicos em fazê-lo.

Em outras palavras, cada vez mais está se buscando a concretização judicial dos comandos constitucionais carentes de regulamentação. E, cada vez mais, o Poder Judiciário está instrumentalizando o poder de compatibilização constitucional, no sentido de determinar a aplicação destes preceitos.

---

<sup>18</sup> Termos do voto do Desembargador José Antonio Pancotti, integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, relator do dissídio coletivo nº 00309-2009-000-15-00-4. Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>> Acessado em: 1º de maio de 2010.

c) Ação popular de cumprimento de obrigação constitucional

Visando evitar o comprometimento do ideal democrático, surge, como alternativa de solução à omissão inconstitucional, a ação popular de cumprimento de obrigação constitucional, que tem como defensor o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, embora não utilize especificamente este termo.

Pedimos data vênia, mas analisaremos novamente, de forma breve, as idéias de Canotilho já esposadas quando da análise das normas constitucionais programáticas, na visão deste constitucionalista português.

Como se depreende de suas idéias, Canotilho não admite a intervenção judicial para concretização de uma imposição constitucional não regulamentada, porque ele analisa a questão sob um ângulo diferente. Para ele, o enfoque não deve ser dado à realização judicial, mas sim à realização legislativa. Isto é, o poder legislativo tem o dever constitucionalmente imposto de editar a norma, então este o deve fazer.

Em sua visão (1994, p.303):

A conciliação e confrontação do jurídico-constitucionalmente imposto pela lei fundamental com o que é politicamente executado pelo legislador exige a consideração de varias dimensões – metódicas, teórico-constitucionais, dogmático-constitucionais, e políticas –, e não apenas a consideração unilateral do controlo das omissões legislativas.

“A concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um acto” (1994, p.304). Assim, não se poderia reduzir a concretização constitucional a uma imposição judicial, até mesmo porque, não haveria, no plano político, “uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido da realização dos fins e tarefas constitucionais” (1994, p.304).

Podemos, concluir, então, que o problema gira em torno da legitimidade. O Poder Judiciário não teria legitimidade para controlar as omissões inconstitucionais, por meio da realização das imposições constitucionais, porque a

concretização destas é matéria afeta ao campo da política, devendo ser resolvida por uma constante luta democrática renovadora.

Sendo assim, “a concretização das imposições legiferantes postula a confiança da constituição no esforço do legislador democrático (no sentido da actualização normativa dos preceitos materialmente impositivos” (1994, p.307). E esta mesma confiança não seria estendida ao poder judiciário, posto que não poderia proceder à concretização dos preceitos materialmente impositivos.

Embora não admita a possibilidade do controle judicial das omissões inconstitucionais, Canotilho não deixa de asseverar que ao legislador é imposto dever de edição da norma, ou, ao menos, possui liberdade constitucional vinculada à edição desta norma. Nas suas palavras (1994, p.306):

[...] a constituição não se concebe sob reserva do legislador, motivo pelo qual a liberdade de conformação legislativa se estende como liberdade jurídico-constitucionalmente vinculada. Donde se segue que a vinculação do legislador, pela constituição, postula o cumprimento das tarefas ordenadoras ou conformadoras que esta lhe impõe [...].

E continua (1994, p.307):

[...] o facto de as normas constitucionais terem necessidade de conformação legislativa explica a limitação de liberdade do legislador quanto ao se da iniciativa legiferante. A legislação é um *médium* necessário para a actualização-concretização das normas constitucionais e, por isso, a liberdade do legislador democrático aparece jurídico-constitucionalmente vinculada à iniciativa da lei.

Esta vinculação dos órgãos legiferantes aos comandos constitucionais impositivos adquire especial feição quando se trata de direitos fundamentais. Neste sentido, Canotilho é enfático ao dizer que (1994, p.314):

A submissão jurídico-normativa do legislador aos preceitos constitucionais é inquestionável: o dogma da soberania da lei e do legislador, positivamente ou decisionisticamente formulado, está sepultado; a autonomia do legislador sofre uma compressão material inequívoca no âmbito dos direitos fundamentais; a ordem constitucional afirma-se como prevalência da

constituição relativamente às leis, com a conseqüente exclusão de uma liberdade das leis no sentido de actos juridicamente livres da constituição.

Entretanto, a pergunta que se faz é: se o legislador possui um dever jurídico constitucionalmente imposto, mas não se pode exigir seu cumprimento pela via judicial, como obrigá-lo a editar a norma?

Esta problemática não passou despercebida por Canotilho, pois adverte que para acharmos a solução deste problema, a questão deve-se deslocar do campo das garantias tão somente jurídicas para o terreno das garantias democráticas (1994, p.348).

Segundo ele, a concretização das normas programáticas, dos direitos sociais, econômicos e de outras normas reconduzíveis a preceitos impositivos, conduz “à luta pela *participação* e pela reclamação de instrumentos de *democracia directa*” (1994, p.348).

Anota-se que quando se fala em democracia direta, não se está a tratar de mecanismos plebiscitários, mas o “reconhecimento de *acções populares* ou do *direito de iniciativa legislativa popular* que permitam ultrapassar os casos de não decisão inconstitucionais, potenciados pela eventual existência de uma estrutura super-representativa e ultra-partidária” (1994, p.348).

Portanto, na visão deste constitucionalista português, a tarefa de realização constitucional não é um dever a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, mas “uma tarefa político-normativa de todos os órgãos de direcção política e de todos os cidadãos com vontade de constituição” (1994, p.351).

Por derradeiro, a ação (iniciativa) popular de cumprimento de obrigação constitucional seria um instrumento de provocação popular do legislador. Dessa forma, o problema ainda restaria presente se, mesmo diante da provocação, o legislador não se sentisse compelido a agir.

### **7.3.2 Omissão inconstitucional legislativa decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar**

A omissão inconstitucional legislativa, quanto à produção da norma, pode ser agrupada em dois grandes grupos. O primeiro grupo se refere ao descumprimento total do dever de legislar, seja pela não edição da norma regulamentadora ou pela não colmatação de lacunas jurídicas. O segundo grupo se refere ao cumprimento defeituoso do dever de legislar (omissão parcial), que engloba a edição de normas defeituosas e a não atualização das normas já existentes.

Sendo assim, ressalta-se que a omissão legislativa decorrente do cumprimento defeituoso do dever constitucional de legislar é gênero, que comporta duas espécies: a edição de norma de conteúdo incompleto (omissão parcial) e a não atualização das normas constitucionais já existentes.

Neste sentido, pertinente é a observação de Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.552-553):

Se se considerar que, após algum tempo, o legislador terá editado as leis mais relevantes exigidas expressamente no texto constitucional, não há como deixar de reconhecer que os casos significativos de omissão passarão a ser aqueles referentes à execução insatisfatória ou imperfeita de dever constitucional de legislar (omissão parcial), seja porque o legislador editou norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador. É certo, pois, que, com a ressalva de alguns casos especiais, não mais se encontrará uma *omissão pura* do legislador. Não há como negar que o cumprimento imperfeito ou insatisfatório de determinada exigência constitucional configura ofensa ao dever que o constituinte impôs ao legislador.

Estudaremos, agora, as duas espécies de omissão inconstitucional legislativa decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar, para que uma solução eficaz seja buscada.

### **7.3.2.1 A edição de normas defeituosas (omissão parcial)**

A edição de normas defeituosas faz parte de um gênero maior, qual seja o cumprimento defeituoso do dever de legislar. Acontece que, a edição de normas defeituosas é composta por duas espécies principais: a omissão parcial na edição da norma regulamentadora e a omissão parcial na colmatação de lacunas jurídicas.

Ressalta-se que preferimos dividir todas essas formas de inconstitucionalidade, minuciosamente, porque a solução dada a todos esses fenômenos não são iguais. Entretanto, como os fenômenos semelhantes reclamam soluções semelhantes, optamos por agrupamentos específicos, ainda que possuam alguma conexão com outros.

Além do mais, esse agrupamento específico tem função didática e científica, já que serve para mostrar as diferenças conceituais entre as formas de inconstitucionalidade, contribuindo para a criação de uma solução efetiva.

#### **7.3.2.1.1 Omissão parcial na edição da norma regulamentadora**

O legislador ordinário pode cumprir satisfatoriamente o dever de legislar que lhe foi imposto pela Constituição. Entretanto, pode simplesmente não cumpri-lo, ou cumpri-lo de forma parcial. “O cumprimento parcial e o não cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade por omissão parcial e total” (CLÈVE, 2000, p.53).

Veja-se, então, que o descumprimento da ordem de legislar pode se dar por um comportamento totalmente inerte, quando o legislador sequer edita a norma regulamentadora, ou pelo cumprimento insatisfatório do comando constitucional de legislar, pois, neste caso, o legislador edita uma norma de

conteúdo incompleto. “Sin embargo, si la norma cumple *parcialmente* la determinación constitucional, o sea, no la cumple *totalmente*, la omisión, aunque de manera algo más limitada, se mantiene” (ROSA, 2006, p.151).

Conforme pondera Clèmerson Merlin Clève (2000, p.327):

Como a omissão inconstitucional não se reconduz a conceito naturalístico (“não fazer”), mas a um conceito normativo (“não fazer algo devido”), as ordens constitucionais de legislar e as imposições constitucionais podem ser descumpridas pelo silêncio transgressor (“um não atuar o devido”), mas também pelo agir insuficiente (“um não atuar completamente o devido”).

Segundo preleciona André Vicente Pires Rosa (2006, p.153), as omissões totais ou absolutas são consideradas omissões *do legislador* ou *de lei*, ao passo que as omissões relativas, ou parciais, são omissões *da lei*, ou também *omissões na lei*.

Na omissão total, o legislador, agente constitucional imbuído de competência legiferante, queda-se inerte, descumprindo totalmente o dever de legislar que lhe foi imposto, posto que não edita norma alguma. É neste sentido que se pode falar em omissão do legislador ou de lei, posto que o não agir daquele prejudica a existência desta.

Já na omissão parcial, o legislador exerce a sua competência legiferante, editando a norma regulamentadora, mas o faz de modo incompleto, não satisfatório. Neste caso, em regra, o defeito não está no comportamento do legislador, mas no próprio conteúdo da lei. É neste sentido que se pode falar em omissões da lei ou na lei.

André Vicente Pires Rosa (2006, p.156), ao tratar das omissões parciais, nos ensina que:

Estas omisiones parciales tienen que ver no con la falta de la ley que desarrolle los dispositivos constitucionales sino con el *contenido* de la norma o con el *alcance* de sus efectos. La norma existe pero no cumple como debiera las disposiciones constitucionales. La actuación del legislador es considerada, desde la perspectiva de la eficacia constitucional, insatisfactoria o, más precisamente, insuficiente.

Ainda, Rosa (2006, p.157) pondera que a insuficiência de tais normas pode se dar por dois motivos: a) porque alguns aspectos da norma constitucional foram deixados sem regulamentação; b) porque a regulamentação feita pelo legislador não abarca todos os possíveis destinatários da norma constitucional, configurando, assim, uma espécie de violação do princípio da igualdade.

Note, então, que, na omissão parcial, o legislador edita a norma regulamentadora, mas não o faz de modo satisfatório, o que pode gerar uma inconstitucionalidade, “decorrente da execução defeituosa do dever constitucional de legislar” (MENDES, 2009, p.548), com fundamento na “exclusão inconstitucional de vantagem’, ou da ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia” (CLÈVE, 2000, p.327).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 27):

*Tem-se uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo; e explícita se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos.*

Dessa forma, a exclusão inconstitucional de benefício, incompatível com o princípio da igualdade, pode ser caracterizada por duas situações distintas: quando o legislador edita norma regulamentadora que concede direitos ou benefícios apenas para um específico e determinado grupo, ou quando o legislador edita norma regulamentadora geral, imbuída de uma cláusula de exclusão, o que afasta a sua aplicação a determinado grupo ou seguimento.

Note, então, que a omissão inconstitucional relativa pode se dar de maneira consciente ou inconsciente, isto é, o legislador pode desafiar o princípio da isonomia, de forma voluntária e deliberadamente, ou não intencionalmente.

A ofensa intencional ao princípio da isonomia é um dos mais perversos vícios que podem contaminar o dever de legislar, razão pela qual alguns autores consideram que, no caso, não estamos diante de omissão, mas de verdadeira

inconstitucionalidade por ação, já que o legislador intencionalmente violou o texto magno, utilizando-se de uma “exclusão de benefícios” para tanto.

Ora, “admitir a omissão relativa ou parcial seria proporcionar um mascaramento da situação, considerando-se como omissos um comportamento às vezes dirigido para o fim de violar o princípio da igualdade” (FERRARI, 2004, p.365-366).

Além do mais, ante a dificuldade de controle da omissão inconstitucional, a Constituição estaria mais protegida se essa ofensa fosse considerada na sua forma comissiva, o que proporcionaria “um atuar mais efetivo por parte do órgão encarregado de fiscalizar o respeito à Lei Fundamental” (FERRARI, 2004, p.365).

Portanto, “as omissões deliberadas, intencionais, ensejam inconstitucionalidade comissiva. Por outro lado, as omissões por reais esquecimentos configuram inconstitucionalidades omissivas” (RIBEIRO, 2003, p.68).

Ressalta-se, por fim, que “no siempre un tratamiento desigual a destinatarios también desiguales constituye una vulneración del principio de la igualdad” (ROSA, 2006, p.159), justamente porque o tratamento desigual somente ofende o princípio da igualdade na medida que acentua a desigualdade já existente.

#### **7.3.2.1.2 Omissão parcial na colmatação de lacunas jurídicas**

O legislador ordinário, diante da existência de uma lacuna jurídica, pode não editar norma nenhuma, ou editá-la. Quando o legislador opta por não editar norma nenhuma, a reiteração do silêncio por um prazo razoável pode configurar uma omissão inconstitucional, porque o órgão legislativo se omitiu no dever de atuação que a constituição lhe impôs (dever de legislar). Tem-se, nesse caso, uma omissão inconstitucional absoluta, porque norma nenhuma foi criada.

Agora, quando o legislador opta por editar a norma, ele deve zelar pelos preceitos e princípios constitucionais no momento de sua elaboração. Isso porque, editada a norma, esta poderá ser considerada como constitucional, como inconstitucional ou parcialmente (in)constitucional.

Se a norma é constitucional, significa que legislador retribuiu a confiança que a Constituição o imbuíu, ao atribuir-lhe a função de criação de normas. Se a norma é inconstitucional, então será afastada pela via da ação. Sendo assim, interessa-nos somente a última hipótese, quando o legislador não cumpre satisfatoriamente o seu dever de legislar.

Pelo fato do legislador ter se empenhado em editar a norma, mas o tendo feito de maneira insuficiente, isto é, incompleta, estamos diante de um caso de omissão parcial. Neste caso, o legislador, quando da edição da lei, observou algumas disposições constitucionais, mas deixou de observar outras, dando margem, dentre outros resultados danosos, à ofensa ao princípio da isonomia.

Podemos citar, como exemplo, o caso da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Veja que o Brasil não tinha nenhuma legislação específica que protegesse, de maneira efetiva, as mulheres vítimas de violência doméstica, o que se evidenciou pelo caso que originou a elaboração da referida Lei, pois mesmo o marido tendo tentado assassinar sua mulher por diversas vezes, só foi punido após 19 anos, ficando apenas dois anos em regime.

Internacionalmente o Brasil sofreu uma condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, equivalente, ao nosso ver, a uma declaração de inconstitucionalidade por omissão, pois nos foi recomendado a criação de tal legislação característica.

Acontece que a legislação, segundo entendimento de alguns Tribunais, ofende o princípio da isonomia, constitucionalmente previsto no artigo 5º, *caput*, que inaugura a Carta de Direitos Fundamentais do cidadão.

Dentre esses Tribunais está o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, em sede do Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-

00 – Itaporã, confirmou decisão de primeiro grau que declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da referida Lei<sup>19</sup>.

Veja, a legislação editada não tem vício de forma e nem vício de conteúdo, já que o vício se encontra, na verdade, no campo de abrangência dos destinatários da norma. Isto é, a lei deveria ter, por força constitucional, maior campo de destinatários do que ela prevê.

Dessa forma, do jeito que está redigida, a lei é constitucional para o grupo de pessoas que determinou como seus destinatários, mas inconstitucional perante aqueles que deveriam ter sido incluídos neste campo de abrangência, mas não o foram.

Observe-se, que não estamos fazendo qualquer juízo de valor, já que o exemplo é meramente ilustrativo. Não estamos defendendo a constitucionalidade e nem a inconstitucionalidade da lei, somente tomando-a como exemplo, porque retrata quase que exatamente o pensamento exposto.

### **7.3.2.1.3 Pressupostos de caracterização**

Em relação à omissão legislativa decorrente da edição de uma lei de conteúdo incompleto, podemos elencar os seguintes pressupostos de caracterização:

a) a execução defeituosa do dever constitucional de legislar, consubstanciada na edição de uma norma de conteúdo incompleto;

---

<sup>19</sup> EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/06 – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE – DECISÃO MANTIDA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – IMPROVIDO. (Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-00 – Itaporã. Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Campo Grande, 26.09.2007). Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>.

b) ofensa ao princípio da isonomia, ou qualquer outro preceito constitucional, que gera uma exclusão inconstitucional de vantagem;

Veja que, aqui, o prejuízo está inserido no requisito da exclusão inconstitucional de vantagem, já que se esta exclusão é inconstitucional, ainda que não haja prejuízo concreto, este é presumido. Vale dizer: a presunção de prejuízo decorre, automaticamente, do reconhecimento da inconstitucionalidade (ofensa ao princípio da isonomia).

Além disso, ausente está o requisito do transcurso de prazo razoável, pelo fato de que a lei já foi editada. O parâmetro de análise, nesta espécie de inconstitucionalidade por omissão, é o conteúdo da norma, já que o legislador se omitiu no dever de respeitar a abrangência dos destinatários da norma.

### **7.3.2.2 A não atualização das normas constitucionais**

Como já salientado anteriormente, a omissão relativa comporta duas espécies: a edição da norma constitucional em desrespeito aos preceitos constitucionais (norma defeituosa) e a falta de atualização das normas.

Neste último caso, a norma já existe, sendo que o dever de editar a norma foi efetiva e satisfatoriamente cumprido. Entretanto, incorre o legislador em omissão por não proceder à atualização dessas normas já existentes, função esta que decorre do dever de legislar que lhe foi constitucionalmente imposto.

Segundo André Vicente Pires Rosa (2006, p.139-140), o Estado Social é caracterizado por duas vertentes básicas. A primeira se refere à necessária intervenção do Estado na sociedade. A segunda refere-se ao direito que o cidadão (ou grupo de cidadãos) tem de receber certas prestações configuradas como direitos e positivadas pela Constituição.

Embora esses direitos estejam expressamente previstos na Constituição, é a atividade legislativa atualizadora que fará com que a universalidade dos cidadãos efetivamente os desfrute.

Ora, é possível que, em determinado momento da história, em razão de certas circunstâncias, determinado grupo de indivíduos reclame uma proteção constitucional específica já existente, mas que, por qualquer razão, essa proteção lhes é negada. Neste caso, cabe ao poder legislativo a edição de uma norma de atualização.

Observa-se que a atualização em questão pode se dar tanto na própria norma constitucional, como na norma que a regulamenta. Ora, a atualização da norma regulamentadora é condição de aplicação do preceito constitucional, razão pela qual o descumprimento desse dever (de atualização) pode ensejar inconstitucionalidade por omissão.

Nota-se que, uma das formas de atualização dos preceitos constitucionais é a interpretação constitucional realizada pelo próprio Poder Legislativo. O legislativo, ao interpretar a Constituição, poderá editar norma para adequá-la às situações dos “novos tempos”, alargando o alcance dos preceitos já existentes.

Com efeito, Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.54) nos ensina que interpretação constitucional não é função afeta somente ao Poder Judiciário, já que todos os demais poderes constituídos participam da função constitucional interpretativa, claro que de modo e intensidade diversa, razão pela qual o exercício de tal função assume características distintas a depender do órgão que o realiza.

A interpretação constitucional realizada pelo órgão legiferante, visando a atualização da norma constitucional, ou mesmo da norma regulamentadora, configura-se numa espécie de mutação constitucional. Segundo Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p. 10), pelo processo de mutação constitucional, altera-se ou modifica-se o sentido, o significado e o alcance da Constituição, sem, contudo, contrariá-la. Fala-se, neste aspecto, em mutação constitucional legislativa.

Segundo preleciona Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.92):

A mutação constitucional legislativa ocorre quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes [...].

Portanto, ao Poder Legislativo é atribuído o dever de atualizar os preceitos constitucionais, seja por via direta (atualização da norma constitucional), seja por via indireta (atualização da norma regulamentadora que lhe constitui os efeitos de aplicação). Dessa forma, o descumprimento deste dever de atualização gera inconstitucionalidade por omissão.

Por fim, cumpre observar que a omissão inconstitucional legislativa, decorrente do cumprimento defeituoso do dever de legislar, pela não atualização das normas, não se confunde com a omissão inconstitucional legislativa, decorrente do descumprimento total do dever de legislar, por ausência de colmatação de lacunas.

Primeiro porque divergem no gênero, enquanto que a primeira se refere ao cumprimento defeituoso do dever de legislar, a segunda se refere ao descumprimento total deste dever.

Segundo porque, ainda que as duas modalidades tenham como pressuposto a atualização jurídico-normativa, a primeira se refere à atualização de normas já existentes, ao passo que a segunda se refere à atualização do próprio ordenamento, mediante a *criação* de uma disciplina normativa que ainda não existe.

#### **7.3.2.2.1 Pressupostos de caracterização**

Em relação à omissão legislativa decorrente da não atualização das normas constitucionais, podemos elencar os seguintes pressupostos de caracterização:

a) a execução defeituosa do dever constitucional de legislar, consubstanciada na falta de atualização das normas constitucionais, ou das que lhe permitem a aplicação, já existentes;

b) constatação de prejuízo, decorrente da não atualização das normas constitucionais;

A configuração da omissão inconstitucional, decorrente da não atualização das normas constitucionais ou das normas que as regulamentam, também depende da constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo aos cidadãos.

Esse prejuízo, ou risco de prejuízo, consubstancia-se no impedimento, ou possibilidade de impedimento, do exercício de direitos já constitucionalmente assegurados, em razão da não atualização das normas que os prevêm.

### **7.3.2.3 Solução**

A tentativa de solução da omissão inconstitucional legislativa decorrente do cumprimento defeituoso do dever de legislar (omissão parcial) merece uma atenção especial, justamente porque, neste caso, uma norma foi editada, mas que é defeituosa ou, inicialmente íntegra, mas com o passar do tempo não foi atualizada, por inércia do legislador, gerando prejuízo aos cidadãos não abrangidos por seu campo de incidência.

Como uma norma foi editada, a situação pode ser vista sob dois ângulos: ou se toma a própria norma como referência, ou se toma o comportamento omisso inconstitucional do legislador como referência à busca de uma solução.

No primeiro ângulo, temos como uma das soluções possíveis o constrangimento da norma, que acarretará o seu banimento do ordenamento jurídico. No segundo ângulo, as soluções possíveis já foram mencionadas anteriormente, quando da análise da omissão inconstitucional total, figurando, dentre elas, a supressão judicial da omissão legislativa.

Ambas as situações esbarram em inconvenientes. A primeira solução pode acentuar a situação de exclusão criada pela norma defeituosa, estendendo os prejuízos da exclusão para os cidadãos que outrora eram beneficiados por esta. A

segunda solução, por sua vez, afronta, principalmente, o dogma da separação dos poderes.

Começemos a analisar, então, cada uma das soluções, de acordo com o parâmetro de referência adotados, isto é, o comportamento omissivo inconstitucional e a norma defeituosa.

#### a) O comportamento omissivo inconstitucional

Analisando o problema do ponto de vista da existência de um comportamento omissivo inconstitucional do legislador, as soluções possíveis são as três anteriormente analisadas: o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado (legislador), a supressão judicial da omissão legislativa e a previsão de uma ação popular de cumprimento de obrigação constitucional.

No primeiro caso, a grande diferença, aqui, é a extensão do constrangimento que recairá sobre o agente constitucional que editou a norma defeituosa. Ora, como se tem uma norma já editada, o constrangimento se limitará a compelir o legislador a aprimorar a norma, seja complementando-a, ou editando outra norma que abranja todas as situações que se quer proteger, mas mantendo-se a norma defeituosa até que essa tarefa seja realizada.

Acontece que, como já analisado em oportunidade anterior, neste capítulo, o constrangimento dos agentes de qualquer dos poderes constituídos tem como principal inimigo, muitas vezes de forma infundada, o dogma da separação dos poderes.

No caso da supressão judicial da omissão legislativa, “el tribunal podrá actuar será reconociendo la omisión legislativa y extendiendo los efectos de la ley para de este modo colmar la laguna existente” (ROSA, 2006, p.184). Neste caso, o Poder Judiciário poderia, por exemplo, estender um benefício fundamental a uma situação não contemplada pela lei.

Esta solução é uma das mais prestigiadas pela doutrina, já que, com base no caso concreto, a partir de uma norma já existente, o Poder Judiciário, exercendo o seu papel constitucional de julgar, estenderá os efeitos desta norma, conferindo maior efetividade aos mandamentos constitucionais.

Note que, para realizar essa extensão de efeitos, “el tribunal puede utilizar de uno de los métodos tradicionales, por ejemplo la analogía, para que la laguna no produzca efectos ilícitos” (ROSA, 2006, p.184), e para que outras pessoas sejam atingidas pelo campo de abrangência limitado da norma.

Por fim, resta a ação popular de cumprimento de obrigação constitucional, instrumento por meio do qual a sociedade poderia provocar o legislador para que moldasse a norma nos termos exigidos pela Constituição.

Não há, especificamente, no nosso ordenamento jurídico, uma ação de cumprimento de obrigação constitucional. Há, porém, alguns instrumentos que podem ser utilizados, como o direito de petição e a iniciativa popular, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, XXXIV, “a” e 61, §2º da Constituição Federal de 1988.

#### b) O constrangimento da norma

A partir do momento que se reconhece a inconstitucionalidade por descumprimento defeituoso do dever de legislar, seja esse descumprimento intencional ou não, uma das alternativas a ser tomada é o banimento da norma. Neste caso, a norma jurídica deixaria de existir e teria todos os seus efeitos, de regra, desconstituídos, através da declaração de nulidade.

Acontece que a declaração de nulidade (inconstitucionalidade) da norma, e seu conseqüente banimento do ordenamento jurídico, esbarra num principal inconveniente, qual seja a exclusão do benefício em relação aqueles que já o gozavam.

Conforme pondera Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.515):

Vê-se assim que, nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, manifestam-se problemas que não podem ser resolvidos mediante a simples declaração de nulidade. O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa *relação de comparação*. Essa *relatividade* do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma *inconstitucionalidade relativa (relative Verfassungswidrigkeit)* não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). Essa *relação normativa inconstitucional (Verfassungswidrige Normrelation)* não

pode ser superada, em princípio, mediante decisão de índole cassatoria, pois esta ou não atingiria os objetivos pretendidos ou acabaria por suprimir algo mais do que a ofensa constitucional que se pretende eliminar.

Desta forma, uma das soluções encontradas para a omissão inconstitucional parcial foi justamente a declaração de inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade da lei, já que a pronúncia da nulidade significaria prejuízo para aqueles que anteriormente eram beneficiados pela norma, bem como representaria violação de princípios constitucionais, como a segurança jurídica.

Anota Gilmar Ferreira Mendes que (2009, p.548):

[...] muitas vezes, a aplicação continuada de uma lei por diversos anos torna quase impossível a declaração de sua nulidade, recomendando a adoção de alguma técnica alternativa, com base no próprio princípio constitucional da segurança jurídica. Aqui, o princípio da nulidade deixaria de ser aplicado com base no princípio da segurança jurídica.

Declarada a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, deverá o legislador completar o conteúdo da norma, de forma a aumentar o número de destinatários por ela atingido. Neste caso, a continuidade da aplicação da lei considerada inválida, mesmo após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, “pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei” (MENDES, 2009, p.558).

Talvez a manutenção da aplicação da lei inconstitucional, neste caso específico, seja um dos exemplos de valor positivo que pode irradiar de um ato inconstitucional, nos termos da teoria de Jorge Bacelar Gouveia.

Segundo preleciona o supracitado autor (2000, p.19):

Por uma imperiosa necessidade de coerência do ordenamento constitucional, o acto inconstitucional – porque põe em causa a força jurídica suprema da Constituição – faz desencadear normalmente uma série de efeitos negativos, mais ou menos intensos, tendentes à sua eliminação. Contudo, casos há em que não acontece. Opta-se por preservar o acto inconstitucional e o respectivo autor de qualquer sanção normalmente aplicável por via de infração cometida. Tudo se passa como se de um acto constitucional se tratasse.

E continua (2000, p.20):

Como se depreende do enorme melindre que acompanha o valor positivo do acto inconstitucional, só em casos muito raros é que poderá ter lugar e na medida em que o interesse que lhe estiver subjacente for mais importante do que o princípio da constitucionalidade.

Como se vê, preserva-se o valor positivo do ato inconstitucional (lei imperfeita ou defeituosa), consubstanciado no benefício concedido aos destinatários da norma e na segurança jurídica, evitando-se caos jurídico e a extensão da exclusão do benefício a aqueles já contemplados pela norma.

Por derradeiro, note que se o legislador permanecer inerte no aprimoramento da norma, poder-se-á utilizar, para resolução da omissão inconstitucional, um dos métodos de solução que tomam por base o comportamento omissivo inconstitucional do legislador.

### **7.3.3 Omissão inconstitucional legislativa pelo descumprimento do dever de fiscalização**

Por derradeiro, cumpre-nos estudar a última forma de omissão legislativa inconstitucional, ligada ao descumprimento proposital do dever de fiscalização dos demais poderes constituídos.

Com efeito, embora os poderes sejam independentes e harmônicos entre si, e cada um deles possua uma função que lhes constitui a essência, “cumprir assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas” (SILVA, 2009, p.110).

Isso significa que os órgãos do Poder (legislativo, executivo e judiciário) não exercem somente funções típicas (que lhes constituem a essência), mas também funções atípicas. Estas funções atípicas estão principalmente relacionadas com a

doutrina dos freios e contrapesos, já que buscam o “equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro e especialmente dos governados” (SILVA. 2009, p.110).

Note, dessa forma, que a observância do dever de fiscalização, confiado pela Constituição ao órgão legislativo, é condição necessária a evitar a usurpação de poder e a tirania, bem como contribuir para o desenvolvimento de nossa sociedade democrática.

Sendo assim, o descumprimento deste dever de fiscalização, por meio da adoção de um comportamento inerte, revela-se contrário aos interesses da Constituição e da própria sociedade, revelando-se, além de imoral, como inconstitucional.

Segundo preleciona Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.222):

[...] a inércia do Poder Legislativo tanto ocorre quando esse poder deixa de legislar, isto é, não edita a lei necessária para complementar a eficácia das disposições constitucionais e para permitir sua plena aplicação, como quando se omite na prática dos atos de controle, fiscalização, ou de qualquer natureza que deve, por força de disposição expressa, praticar.

Podemos citar, como exemplo do dever de fiscalização, a regra disposta no artigo 49, X da Constituição Federal. Este dispositivo confia ao Congresso Nacional o dever de fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta.

Uma observação aqui deve ser feita. Todos os poderes constituídos detêm a guarda da Constituição, isto é, devem zelar pela correta e regular aplicação de seus preceitos. Isso significa que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem garantir a manutenção da ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito que esta serve como base, independentemente de previsão normativa.

Com efeito, o Poder Legislativo não pode se quedar inerte frente a um ato de tirania ou abuso de poder praticado por outro órgão do Estado, sob pena de compactuar com este atentado à autoridade constitucional. Neste caso, o órgão

tirano estaria ofendendo a Constituição, por ação ou omissão, e o órgão legislativo por reprovável omissão, ao deixar de proteger a Constituição.

Portanto, o dever de fiscalização a ser desempenhado pelo órgão legislativo, responsável pela blindagem constitucional contra atos tirânicos dos outros órgãos do Estado, decorre muito mais da sua essência, como legítimo órgão representante do povo e soberano legislativo, do que pela previsão expressa de qualquer norma.

### **7.3.3.1 Pressupostos de caracterização**

A omissão inconstitucional legislativa, pelo descumprimento do dever de fiscalização, possui alguns requisitos que são extremamente característicos e que serão, a seguir, enumerados:

a) dever geral de controle dos demais órgãos do Estado, consubstanciado na fiscalização do cumprimento, observância e integridade dos preceitos constitucionais;

b) a existência de um ato, ou comportamento, de tirania, ou abuso de poder, dirigido a fraudar, destruir ou impedir a concretização dos preceitos constitucionais, especialmente daqueles que se referem às garantias dos governados.

Veja que, aqui, não enumeramos o prejuízo, ou risco de prejuízo, como requisito desta modalidade de omissão. Isso encontra justificativa no fato de o risco sempre estará presente quando da existência de um ato que atente contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Ora, um ato de tirania não tem apenas o objetivo de descumprir a Constituição, mas de comprometer a integridade constitucional, destruindo-lhe os fundamentos. Dessa forma, fala-se no risco de perecimento da própria ordem

constitucional que, por via reflexa, traduz risco aos governados que a tinham como instrumento de proteção.

É por isso que não se fala, tampouco, em transcurso de prazo razoável, já que, na medida em que o ato tirânico é praticado, o Poder Legislativo deve exercer imediatamente o seu dever de controle, desencadeando uma série de mecanismos de defesa constitucional, justamente para evitar o seu perecimento.

### **7.3.3.2 Solução**

O dever de fiscalização é necessário à integridade da Democracia e do próprio Estado Democrático de Direito. Nesta diapasão, o dever de fiscalização tem como principal escopo evitar a tirania, o abuso de poder e o comprometimento do Estado, enquanto organismo societário, mantendo-se intacto os valores democráticos.

Por exemplo, conforme nos ensina Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.225):

Diante da atual estrutura constitucional brasileira, onde avultam as competências do Poder Executivo, inclusive pela sua interferência larga e profunda na função legislativa, o poder de fiscalização do Congresso sobre os atos daquele Poder cresce em importância e oportunidade.

Como se vê, o Poder Legislativo deve sempre exercer o seu papel fundamental de organismo integrante da República, controlando os demais poderes quando estes destoarem de suas funções democráticas.

É por esta razão que não se pode conceber o constrangimento do legislador em exercer o seu papel de fiscalização. Ora, ou o agente constitucional decide por cumprir o seu papel constitucional-democrático de fiscalização ou cede à passividade inconstitucional.

Portanto, a única solução possível é que outro órgão do Estado assumira temporariamente esta função, numa espécie de legitimação extraordinária, evitando o colapso do sistema jurídico e da supremacia democrático-constitucional da ordem constituída.

Neste cenário é extremamente importante a participação de todos os setores da população, empenhados em realizar o bem comum e o contínuo desenvolvimento de uma sociedade pacífica, solidária e democrática.

Conforme nos ensina Eduardo Cambi (2009, p.373):

Neste sentido, destacam-se as ações coletivas. Por intermédio da via ou do conduto das ações coletivas, a jurisdição se torna um local que *acolhe a participação* (v.g., pela ação popular permite-se que o povo participe do poder, apontando os desvios na gestão pública), o que viabiliza a realização de uma prestação estatal imprescindível aos direitos fundamentais.

Vê-se que esse movimento inter institucional de funções, pautado numa legitimação extraordinária de justificação, desloca a função de controle para o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que permite uma maior participação popular, “na medida em que tais ações se tornam instrumentos privilegiados da *participação política* e do *exercício permanente da cidadania*, voltados à *transformação social emancipatória*” (CAMBI, 2009, 373).

Além disso, destaca-se, também, a atuação do Ministério Público, já que, como preleciona o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é uma instituição permanente “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis”.

## 7.4 Omissão Inconstitucional Executiva

Visando evitar erros conceituais, precisamos, primeiramente, definir o campo de abrangência da expressão “executiva”. Ao tratarmos da omissão inconstitucional executiva, estamos nos referindo às espécies de omissões inconstitucionais a que o Poder Executivo pode incorrer.

O Poder Executivo, por ser um dos poderes constitucionalmente constituídos, deveria cumprir todas as ordens emanadas pela Norma Máxima. Ao deixar de cumprir tais ordens, quedando-se inerte, incorre em inconstitucionalidade, na modalidade omissiva.

Segundo preleciona Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.225), “a inércia, inatividade ou omissão do Poder Executivo, dependendo da competência que lhe é atribuída pela Constituição, pode se revelar também sumamente perniciosa à vida constitucional dos Estados”.

Esse descumprimento por omissão se dá de várias formas, tais como a não edição de normas, quando ordenado pela Constituição; a não formulação de políticas públicas; a não fiscalização dos demais poderes da República; ou pelo descumprimento de qualquer regra de competência executiva que impeça a observância plena dos preceitos constitucionais imperativos.

Sendo assim, o estudo da omissão executiva será dividido em quatro vertentes principais, seguindo a lógica das competências atribuídas a este Poder. A primeira se refere ao descumprimento do dever de legislar, tanto pela inércia na edição de leis de sua iniciativa, como de regulamentos necessários a constituir os efeitos de aplicação de leis integrativas. A segunda se refere ao descumprimento do dever de formulação de políticas públicas, necessárias à implementação dos programas previstos na Constituição. A terceira se refere ao descumprimento do dever de fiscalização, o que pode gerar anomalias institucionais. Por fim, a quarta se refere ao descumprimento de qualquer outra regra de competência executiva, que posse ceifar a força cogente do mandamento constitucional.

#### **7.4.1 Omissão inconstitucional executiva pelo descumprimento do dever de legislar**

A Constituição Federal, em seu artigo 2º, afirmou expressamente que o Legislativo, Executivo e Judiciário são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si.

Ao constituir os três poderes da República, o legislador originário também os atribuiu suas respectivas funções, mas que não seriam exercidas de forma exclusiva. “Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas” (MORAES, 2007, p.390).

Conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.542), o Poder Executivo é um “órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração”.

Como se vê, a Constituição Federal não atribuiu, como função principal do Poder Executivo, o dever de legislar (entendido aqui em sentido amplo, isto é, a prerrogativa de editar atos normativos). Dessa forma, o dever de legislar, sob a ótica deste Poder, é uma função atípica, porque, ainda que não se trate de sua função precípua, a exercerá segundo critérios de oportunidade e relevância estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Então, poder-se-ia indagar: é possível a configuração da inconstitucionalidade por omissão pelo descumprimento de uma função atípica, constitucionalmente prevista?

Acreditamos que a resposta a essa questão é positiva. A partir do momento que a Constituição investe um dos poderes constituídos numa função atípica, fá-lo com o objetivo de que a harmonia entre eles seja mantida, bem como a ordem jurídico-constitucional seja preservada.

Conforme Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.226):

Nos sistemas constitucionais onde o Poder Executivo atua, de modo influente e decisivo na tarefa legislativa, quer por intermédio de normas legais autônomas, tais como o decreto-lei, as *ordonnances*, quer participando da iniciativa das leis, a inércia do Executivo é tão perniciosa e grave quanto a do Poder Legislativo, no tocante à mesma atividade.

Sendo assim, o descumprimento, por omissão, desta função atípica constitucionalmente prevista faz com que a supremacia da Constituição seja violada. Quando se viola a força obrigatória da Constituição, em razão de um não fazer, tem-se o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão se revela mais evidente quando o descumprimento da função atípica de legislar cria obstáculos à efetivação constitucional. Isto é, impede-se a aplicação da Lei Máxima, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, em razão do não exercício da função atípica.

A omissão inconstitucional executiva decorrente do descumprimento do dever atípico de legislar é gênero, que comporta duas espécies principais: a não iniciativa para edição da lei regulamentadora e o não exercício do dever regulamentar.

Na primeira espécie, o Poder Executivo é o agente, ou um dos agentes, responsável pela iniciativa para edição da lei regulamentadora, necessária a tornar aplicável determinada norma constitucional. Na segunda espécie, o Poder Executivo é o agente responsável por editar regulamentos para execução de leis integrativas (leis regulamentadoras).

#### **7.4.1.1 A ausência de iniciativa para edição da lei regulamentadora**

A norma regulamentadora é a espécie normativa necessária à constituição dos efeitos de aplicação de uma norma constitucional que, por si só,

não possui capacidade de aplicação. Dentre as espécies de norma regulamentadora, tem-se a lei.

No nosso sistema jurídico-constitucional, aos chefes do Poder Executivo são atribuídas prerrogativas de iniciativa na criação de espécies normativas, dentre elas as leis regulamentadoras. Isso significa que o chefe do executivo não se limita a somente vetar ou sancionar a lei, podendo participar, diretamente, no processo legislativo criativo, provocando o legislador mediante a elaboração de projetos de leis de sua iniciativa.

Observa-se que, no nosso sistema jurídico, as normas constitucionais “nominam logo as pessoas ou órgãos que se acham legitimados a dar início ao processo legislativo, estabelecendo, assim, em relação à iniciativa, dois tipos de competência: uma exclusiva ou privativa e uma outra concorrente” (SOUSA, 1999, p.57).

Dessa forma, quando a iniciativa é exclusiva ou privativa, “somente o órgão ou pessoa designada no texto constitucional pode validamente provocar a deliberação do Parlamento acerca de um projeto de lei” (SOUSA, 1999, p.57), ao passo que quando a iniciativa é concorrente, qualquer membro do órgão legislativo ou do órgão executivo está legitimado a deflagrar o processo legislativo.

Por exemplo, conforme se depreende do artigo 84, III da Constituição Federal de 1988, compete privativamente ao Presidente da República iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos pela própria Constituição.

Vê-se que a Constituição atribuiu, expressamente, um dever ao Presidente da República, devendo o exercer para cumprir o comando constitucional e prestar aos seus administrados o máximo da Constituição.

A iniciativa do processo legislativo, atribuída ao Presidente da República, possui tamanha importância, que ele poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, conforme termos do artigo 64, §1º da Constituição Federal de 1988.

Ora, observa-se claramente a importância desta função atípica do Presidente da República, já que pode deflagrar o processo legislativo, apresentando projetos de leis necessários à realização da Constituição, além de poder solicitar

urgência na apreciação dos mesmos, já que os administrados devem receber toda proteção e prestação que a Norma Máxima possa lhes dar.

Da importância desta função atípica, surge conseqüências em razão de seu não exercício. A inércia do Poder Executivo na deflagração do processo legislativo pode tornar a Constituição carente de aplicação, razão pela qual essa omissão se revela inconstitucional.

Conforme pondera Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.364), “nos Estados onde o Executivo atue decisivamente na elaboração legislativa, sua inércia ou omissão vem a ser tão grave como no caso de omissão legislativo-normativa”.

Dessa forma, omissão inconstitucional executiva pela ausência de iniciativa, em relação à edição de lei regulamentadora, pode ser definida como a inércia consciente do Poder Executivo no sentido de impedir ou retardar a criação de uma lei, necessária à aplicação dos preceitos constitucionais, quando a constituição expressamente impôs a iniciativa da mesma como seu dever.

Pois bem, como toda teoria necessita de casos práticos para ser confirmada, passemos a analisar um exemplo em que a omissão do Presidente da República, na iniciativa da criação de lei, impede que o seu administrado usufrua de um direito fundamental.

Tomemos como exemplo o direito fundamental da assistência judiciária gratuita os necessitados, previsto constitucionalmente no artigo 5º, LXXIV, in verbis: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A não efetivação deste direito causa grande deformação no acesso integral e igualitário à justiça, entendida, inclusive, como valor a ser alcançado, já que os necessitados, “defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição” (SILVA, 2009, p.607).

Visando dar concreção a esse Direito Fundamental, a Carta Magna, em seu artigo 134, previu a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os

graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, devendo a mesma ser organizada mediante lei complementar (§1º).

O artigo 61 da Constituição Federal de 1988 diz que a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe, dentre outros agentes, ao Presidente da República. O §1º, II, “d” do citado dispositivo assevera que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como as normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Dessa forma, como a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal serão organizadas mediante lei complementar, cuja iniciativa compete privativamente ao Presidente da República, a inércia na elaboração de tal lei complementar configuraria omissão inconstitucional, posto que se estaria impedindo a implementação de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Resta salientar que tal lei complementar já foi elaborada, aprovada e promulgada. Trata-se da lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Embora a instituição da Defensoria Pública ainda não esteja perfeitamente funcionando como deveria, a sua implementação já revela um mínimo de respeito ao comando constitucional.

Por fim, cumpre observar que mesmo nos casos em que o dever de iniciativa à legislação seja concorrente, isto é, não seja atribuído, de maneira exclusiva, ao chefe do executivo, a omissão no cumprimento deste dever constitucionalmente imposto ainda assim será inconstitucional, bem como a omissão dos outros agentes constitucionais que compartilhavam do mesmo dever. Estar-se-ia diante de uma omissão inconstitucional plurissubjetiva, posto que de responsabilidade dos vários sujeitos constitucionalmente obrigados.

É claro que, se o dever de iniciativa à legislação é concorrente, e outro agente constitucional o cumpre, a inércia dos demais será sanada, porque a situação inconstitucional não mais existe. O cumprimento do dever restabeleceu a normalidade constitucional.

#### 7.4.1.1.1 Pressupostos de caracterização

Os pressupostos de caracterização da omissão executiva pela ausência de iniciativa na edição da lei regulamentadora são semelhantes aos da omissão legislativa decorrente do descumprimento total do dever de legislar, pela não edição da norma regulamentadora, mas com algumas diferenças substanciais.

A omissão inconstitucional é definida como a inércia consciente e deliberada do Poder Executivo em descumprir uma ordem constitucional. Ordem esta consubstanciada no dever de iniciativa na edição da norma regulamentadora.

Veja, então, que o pressuposto da omissão inconstitucional em tela é a ausência de iniciativa legislativa e não a sua conseqüente edição. Ora, a edição da lei ocorre após o transcorrer de todo o *iter* legislativo e é matéria afeta ao órgão legislativo. Assim, se presente a iniciativa à edição da lei, mas esta não foi concretizada por inércia do órgão legislativo, a este órgão será imputada a omissão inconstitucional.

A questão do tempo mostra-se como um dos pressupostos de caracterização deste tipo de omissão inconstitucional. E não poderia ser diferente, já que se espera que o chefe do Executivo cumpra, primeiramente, suas funções típicas, para depois cuidar de suas funções atípicas. Além do mais, a elaboração de um projeto de lei, juridicamente hígido, e materialmente complexo, leva tempo.

Note-se que não há uma fórmula exata que possa ser aplicada para se descobrir, exatamente, qual seria o lapso de tempo necessário para a caracterização de uma omissão inconstitucional. Sendo assim, o reconhecimento do transcurso de um prazo razoável deverá ser feito de acordo com cada caso concreto, levando-se em considerações aspectos jurídicos e políticos.

Além do tempo, também se faz presente a análise da importância da norma constitucional não regulamentada. Assim, deve-se observar se aquela norma, cuja iniciativa está ausente, é condição para constituição dos efeitos de aplicação da norma constitucional posta sob análise, e a importância desta norma constitucional

não regulamentada para a manutenção da ordem constitucional e concretização de direitos dos cidadãos.

Neste sentido, se a norma constitucional não regulamentada tem importância secundária na *concretização dos direitos dos cidadãos*, então a ausência da iniciativa à edição da norma regulamentadora, a princípio, não será considerada como omissão inconstitucional, desde que o órgão executivo esteja se empenhando a concretizar as normas de importância primária, seja através de iniciativa legislativa, seja através de suas funções típicas, tais como a formulação de políticas públicas.

Dessa forma, a combinação do requisito tempo com a importância da norma constitucional tolhida na sua regulamentação revela-se um critério que poderia ser utilizado como parâmetro para constatação da omissão inconstitucional.

Outro parâmetro que deve ser levado em consideração é a possibilidade de constatação de prejuízo, ou risco de lesão, aos destinatários da norma não regulamentada, pois não podem desfrutar dos direitos por ela previstos, pelo fato da norma ainda estar carente de efeitos de aplicação. Ora, sem iniciativa, lei alguma é formada, razão pela qual aquele que detinha a iniciativa à edição da lei se torna responsável pelos eventos danosos decorrentes de sua inércia.

Portanto, os pressupostos de caracterização das omissões inconstitucionais executivas pela ausência de iniciativa para edição de norma regulamentadora são:

a) descumprimento consciente de um dever, constitucionalmente imposto, de iniciativa para a edição de uma lei regulamentadora, necessária à constituição dos efeitos de aplicação da norma constitucional não regulamentada;

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da ausência de iniciativa legislativa, que impede a edição da lei regulamentadora;

c) a importância da norma constitucional não regulamentada; e

d) o transcurso de um prazo razoável.

Visto os pressupostos da omissão inconstitucional executiva pela ausência de iniciativa para edição de lei regulamentadora, cumpre-nos, estudar, agora, a segunda espécie de omissão inconstitucional executiva ligada à função de legislar, qual seja, a não expedição de regulamentos.

#### **7.4.1.2 A não expedição de regulamentos necessários a constituir os efeitos de aplicação de leis integrativas**

A não expedição de regulamentos necessários a constituir os efeitos de aplicação de leis integrativas é a segunda espécie de omissão inconstitucional executiva pelo descumprimento de sua função atípica de legislar.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari nos ensina que (2004, p.364):

Outro caso importante que pode caracterizar a omissão do Executivo, [...], é o que se relaciona com a competência para expedir regulamentos para a execução de leis integrativas, sem os quais não podem ser aplicadas, o que impede, como consequência, o cumprimento do texto constitucional, tornando-o letra morta.

Entretanto, não podemos continuar sem antes delimitar o que significa a expressão regulamento. É uma espécie legislativa? Qual o seu campo de abrangência conceitual? Dentre outras questões pertinentes.

Conforme profetiza Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.339):

Ao contrário do que se poderia supor, regulamento não é um *nomen júrís* que isola com precisão uma categoria de atos uniformes. Antes – e pelo contrário -, é um designativo que, em diferentes países e em diferentes épocas, tem servido para recobrir atos de *virtualidades jurídicas distintas* e nem sempre oriundos de fonte normativa equivalente.

Sendo assim, para limitar o âmbito de abrangência da expressão “regulamento” a que se refere esta modalidade de omissão inconstitucional executiva, devemos buscar um conceito apropriado para defini-la, à luz do direito brasileiro.

Celso Antonio Bandeira de Mello nos apresenta a seguinte proposta (2010, p.343):

[...] pode-se conceituar o regulamento em nosso Direito como *ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.*

Como se vê, o regulamento tem uma característica peculiar, indicada pelo próprio vocábulo, qual seja “o de ato *estritamente subordinado*, isto é, meramente subalterno e, ademais, *dependente de lei*” (MELLO, 2010, p.343). Em outras palavras, a existência do regulamento pressupõe, necessariamente, a existência da lei, porque aquele regulamentará as condições necessárias à execução desta.

Note-se, também, que tanto o regulamento, quanto a lei, são espécies normativas, entretanto, possuem diferenças substanciais entre eles. Diferem: a) quanto a origem, já que o regulamento provém do Executivo e a lei do Legislativo; b) quanto à hierarquia, já que a lei está em posição de supremacia sobre o regulamento, não podendo este contrariá-la, confirmando o caráter de subordinação do regulamento; além do que, c) somente a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica (MELLO, 2010, p.344).

Veja que as leis, quando editadas, podem prever direitos, obrigações e demais posições jurídicas subjetivas, porém, podem depender da atuação da Administração Pública para que possam ser fielmente cumpridas e executadas, caso em que reclamarão a edição de um regulamento. “Nisto se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para “fiel execução” da lei” (MELLO, 2010, p.345).

Com efeito, a “Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis *pressupõe uma interferência de órgãos administrativos* para a aplicação do que nelas se dispõe [...]” (MELLO, 2010, p.351).

Neste sentido, “a inexecução da Constituição, muitas vezes, decorre não propriamente da falta de leis, mas da inexecução das leis existentes” (CARRAZA, 1993, p.123), razão pela qual a ausência destes regulamentos torna-se conduta manifestamente inconstitucional, já que impedem a concretização do mandamento constitucional.

Sendo assim, “releva observar que a inércia no exercício do poder regulamentar, atribuído em regra ao Executivo, por via reflexa, torna disposições constituições letra morta” (FERRAZ, 1986, p.226), já que, embora haja a lei regulamentadora do dispositivo constitucional, os seus efeitos de aplicação não podem ser executados, por ausência do regulamento executivo.

Grande parte da doutrina considera que a não expedição de regulamentos não configuraria, propriamente, uma omissão inconstitucional, pois, como a ausência do regulamento contraria primeiramente a lei integrativa, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade omissiva indireta, o que, na verdade, poderia “consistir numa ilegalidade por omissão” (CARRAZZA, 1993, p.123)<sup>20</sup>.

Entretanto, temos que notar que tanto a lei integrativa, como o regulamento necessário à sua execução, são exigidos pela Constituição. Isso significa que o descumprimento de qualquer destas exigências fere a Constituição.

Ora, a ordem de regulamentação da lei integrativa parte da Constituição Federal, razão pela qual o descumprimento de tal ordem torna inconstitucional o próprio comportamento omissivo do Poder Executivo. Em outras palavras, a lei integrativa reclama a regulamentação executiva, mas a exigência desta parte da própria autoridade constitucional.

Portanto, a inconstitucionalidade é indireta porque a sua constatação depende da análise da lei regulamentadora (integrativa), já que não há que se exigir a expedição do regulamento se aquela ainda não foi editada. Isto é, a configuração da inconstitucionalidade depende necessariamente da lei regulamentadora, porque

---

<sup>20</sup> Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève (2000, p.56).

somente a partir daí pode-se afirmar se o dever regulamentar constitucionalmente imposto ao Executivo foi ou não desobedecido.

Anota-se que Celso Antonio Bandeira de Mello critica a expressão “poder regulamentar”, já que, para o referido autor, “melhor seria designar tal atribuição como ‘dever regulamentar’, pois o que o Chefe do Executivo tem é o dever de regulamentar as leis que demandam tal providencia, e não meramente um ‘poder’ de fazê-lo” (2010, p.353).

Essa designação se coaduna com a proposta que se defende. Ora, a partir do momento em que uma lei integrativa (norma regulamentadora) depende de atuação do Chefe do Executivo para que seja executada, então este agente constitucional tem o dever de expedir o regulamento, já que da sua atuação depende a concretização da Constituição. Assim, a sua inércia configurará nefasta omissão inconstitucional.

Conforme assevera Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p.354):

[...] se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titulação jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo. Tanto é exato que a omissão em regulamentar se caracteriza como descumprimento de dever jurídico que o art. 5º, LXXI, da Lei Magna estabelece: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ademais, o art. 85, VII, capitula como “crime de responsabilidade” o ato do Presidente que atente “contra o cumprimento das leis (...)”. Frustrar a execução de uma lei é descumpri-la por omissão.

Portanto, o poder regulamentar, na verdade, é um dever constitucionalmente imposto ao executivo, razão pela qual o descumprimento deste dever configura-se em omissão inconstitucional, posto que a não atuação daquele órgão torna inaplicável, por via reflexa, a própria Constituição.

#### 7.4.1.2.1 Pressupostos de caracterização

Os pressupostos de caracterização da omissão executiva pela não expedição de regulamentos necessários à constituição dos efeitos de aplicação das normas regulamentadoras são semelhantes aos já estudados na omissão executiva pela ausência de iniciativa para edição da lei regulamentadora.

A omissão inconstitucional, neste caso, é definida como a inércia consciente, intencional e deliberada do Poder Executivo em descumprir um mandamento constitucional. Mandamento este consubstanciado no dever de regulamentação de uma lei integrativa.

Veja, então, que o pressuposto inicial da omissão inconstitucional em tela é o descumprimento intencional do dever de regulamentação, dever este que foi expressamente atribuído, pela Constituição, ao órgão executivo.

A questão do tempo também se mostra como um dos pressupostos de caracterização deste tipo de omissão inconstitucional. Com efeito, além de gerir a máquina pública, o órgão do executivo deve elaborar o regulamento de modo que não ultrapasse os limites que a lei impõe, isto é, o decreto deve se ater aos limites jurídicos criados pela lei, sob pena de ser considerado ilegal, atrasando ainda mais a execução da lei.

Anota-se que o prazo razoável necessário ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão deve ser avaliado segundo as peculiaridades de cada caso concreto, tomando-se em consideração parâmetros jurídicos, políticos e sociais.

Além do tempo, também se faz presente a análise da importância da lei regulamentadora. Ressalta-se que toda lei regulamentadora é condição para constituição dos efeitos de aplicação da norma constitucional a que se refere, razão pela qual o aspecto da importância terá parâmetros singulares.

Neste sentido, se a norma regulamentadora está ligada diretamente à manutenção da autoridade da ordem constitucional e a concretização dos direitos

dos cidadãos, especialmente os sociais, então a inércia do órgão executivo pode ser considerada potencialmente inconstitucional.

Dessa forma, a combinação do requisito tempo com a importância da norma constitucional regulamentadora revela-se um critério que poderia ser utilizado como parâmetro para constatação da omissão inconstitucional executiva.

Outro parâmetro que deve ser levado em consideração é a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos destinatários da norma regulamentadora, pois esses não podem desfrutar dos direitos por ela previstos, pelo fato de que a execução da norma não é possível sem o regulamento. Ora, como a edição do regulamento é necessária à execução fiel da lei, aquele que descumpriu tal dever se torna responsável pelos eventos danosos decorrentes de sua inércia.

Portanto, os pressupostos de caracterização das omissões inconstitucionais executivas pela não expedição de regulamentos necessários a constituir os efeitos de aplicação de leis integrativas são:

a) descumprimento intencional de um dever, constitucionalmente imposto, consubstanciado na expedição de regulamentos necessários à execução de lei integrativa, cuja aplicação reclame a atuação da Administração Pública;

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da ausência do regulamento, que impede a efetiva execução da lei regulamentadora;

c) a importância da lei regulamentadora; e

d) o transcurso de um prazo razoável.

Analisados os pressupostos, cumpre-nos agora buscar soluções efetivas para combater esta modalidade de omissão inconstitucional.

### 7.4.1.3. Solução

Neste tópico buscaremos apresentar alguns apontamentos para tentar contribuir com o controle efetivo das omissões inconstitucionais decorrentes do descumprimento do dever de legislar atribuído ao Poder Executivo.

Conforme ponderamos outrora, a resposta constitucional que será dada contra o vício de invalidade que afronta a Norma Máxima é determinada pelo tipo de espécie infraconstitucional violadora, bem como a forma de inconstitucionalidade por meio da qual aquela se manifesta.

Pois bem, no caso, estamos diante de um *comportamento inconstitucional*, na modalidade *omissiva*. Isto é, o chefe do executivo deveria cumprir o comando constitucional, mas desrespeita a ordem que lhe foi dirigida.

Note que, neste caso, não há norma alguma, justamente porque o fim pretendido (criação da norma) nunca chegou a se concretizar, por inércia do órgão executivo, que não procedeu à sua iniciativa ou deixou de expedir o regulamento. Isso significa que o constrangimento da norma (banimento do ordenamento jurídico) se revela ineficaz, justamente porque norma não há.

Passaremos, agora, a analisar os meios que podem ser utilizados para a solução deste tipo de omissão inconstitucional. São eles: o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado, a supressão judicial da omissão executiva e a ação popular de cumprimento de obrigação constitucional.

#### a) O constrangimento do agente constitucionalmente obrigado

Estamos diante de um comportamento omissivo do órgão executivo. Sendo assim, a Constituição, exercendo o seu poder de constrangimento compatibilizador, deve constranger o próprio agente constitucional, para que o faça se orientar de acordo com o comportamento que lhe foi *ordenado*.

Nota-se que, em se tratando ausência de iniciativa para edição da norma, qualquer dos agentes constitucionalmente obrigados podem ser

constrangidos a cumprir com esse dever, sem que possam se utilizar, como matéria de defesa, da inércia do outro.

Agora, em se tratando da não expedição de regulamento necessário à execução de lei integrativa, deve-se constranger o órgão executivo, único responsável por gerir a máquina pública, para que expeça o referido ato normativo, repondo-se, assim, a força normativa da própria Constituição.

Acontece que o constrangimento do agente constitucional, em qualquer caso, suscita grandes polêmicas. No caso do órgão legislativo, esbarrava-se em assuntos como a liberdade de conformação do legislador e o dogma da separação de poderes. Aqui, o enfrentamento deste dogma também se faz presente, além de que surge, também, como barreira, a questão da discricionariedade administrativa.

Como a Constituição Federal necessita de outro órgão do Estado para instrumentalizar seu poder de constrangimento compatibilizador, isto poderia ser visto como ingerência inaceitável no Poder Executivo. Entretanto, nenhum órgão da República pode utilizar a separação de poderes para se furtar a realizar a Constituição, já que este deve ser sempre o fim último de qualquer órgão do Estado.

Além disso, a discricionariedade administrativa, assim como a liberdade de conformação do legislador, não pode ser utilizada como mera figura de retórica, principalmente quando é utilizada com o fim de se desviar do comando constitucionalmente imposto.

A retórica da discricionariedade administrativa se revela ainda mais nociva quando se está diante de descumprimento do dever regulamentar, já que a inatividade do órgão executivo impede a concretização das próprias normas constitucionais, ao tolher a aplicação de suas respectivas leis regulamentadoras.

Neste sentido, Regina Maria Macedo Nery Ferrari pondera que (2004, p.364):

Tem-se discutido na doutrina sobre a discricionariedade do poder regulamentar; porém, sempre que houver uma imposição constitucional concreta, surge o poder-dever para o Executivo de baixar o regulamento, o que, não se cumprindo, faz surgir o que se denomina de omissão indiretamente inconstitucional.

Sendo assim, o constrangimento do órgão executivo é uma das saídas para realizar a garantia da Constituição, enquanto instrumento de afirmação de direitos e garantias fundamentais.

#### b) Supressão judicial da omissão executiva

Por supressão judicial da omissão executiva entenda-se a ingerência do Poder Judiciário nas atribuições originariamente atribuídas ao Poder Executivo, porque a inércia deste provocou a necessidade de atuação concretizadora daquele.

Neste caso, o Poder Judiciário exerceria as atribuições que foram originariamente conferidas ao Poder Executivo, com o único e exclusivo objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais e manter intacta a autoridade constitucional.

Estaríamos diante de uma legitimação extraordinária, fruto de um temporário movimento inter institucional de funções, que confere a outro poder da República a prerrogativa de agir naquela situação especial, com o fim específico de concretizar a Constituição.

Trata-se, como já dito anteriormente, na linguagem de Walter Claudius Rothenburg, da “perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão”. Dessa forma, procederemos a um exemplo dado pelo citado autor, utilizando o remédio constitucional chamado de mandado de injunção.

O mandado de injunção está disciplinado no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal e será concedido 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”.

Segundo Walter Claudius Rothenburg (2005, p.64), embora o Supremo Tribunal Federal venha dando interpretação restritiva a esta importante garantia constitucional, os primeiros comentadores da Constituição de 1988 se pronunciavam no sentido de que o mandado de injunção imbuiria o Judiciário de competência (legitimidade) necessária para disciplinar uma questão em concreto, em razão de ausência de regulamentação geral por parte do legislador ou administrador.

Segundo o autor, esta seria um caso evidente de “câmbio de legitimidade constitucionalmente consagrado, revelando às escâncaras a superação de uma concepção rígida da ‘separação de Poderes’ e evidenciando a inafastável participação criativa do órgão judicial na aplicação do Direito” (2005, p.64).

Ora, vê-se claramente um movimento inter institucional de funções, já que o mandado de injunção não tem como principal função “cobrar o cumprimento do dever de editar norma regulamentadora, mas a socorrer uma *situação concreta* de implementação de direito constitucional vazado em norma carente de aplicabilidade imediata” (2005, p.65).

Além disso, conforme salienta Rothenburg (2005, p.65):

Usualmente, pensa-se no cabimento de mandado de injunção apenas quando falta regulamentação num primeiro nível, quer dizer, ato normativo imediatamente exigido por norma constitucional. Esse ato normativo exigido para a integração do comando constitucional poderia ser de origem legislativa (do tipo “lei”) ou administrativa (do tipo “regulamento”), mas haveria de ser exigido diretamente pela norma constitucional.

Portanto, conclui-se que quando o Poder Executivo descumprir com seu dever regulamentar, imposto pela Constituição, legítimo é o movimento temporário desta função ao Poder Judiciário, para que este possa, na qualidade de agente constitucional concretizador, suprir a omissão inconstitucional executiva, conferindo efetividade ao preceito constitucional.

#### c) Ação popular de cumprimento de obrigação constitucional

Assim como acontece na omissão legislativa decorrente do descumprimento total do dever de legislar, a ação (iniciativa) popular de cumprimento de obrigação constitucional é uma das alternativas a solucionar a omissão executiva decorrente do descumprimento de sua função de legislar.

Ressalta-se que não há, no nosso ordenamento jurídico, a previsão específica de uma ação (iniciativa) de cumprimento de obrigação (dever) constitucional. Entretanto, há instrumentos subsidiários, como o direito de petição e

a iniciativa popular, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, XXXIV, “a” e 61, §2º da Constituição Federal de 1988.

#### **7.4.2 Omissão inconstitucional executiva por ausência de políticas de governo**

O Poder Executivo tem como função típica administrar a *res pública*, governar a sociedade e representar a nação perante os países estrangeiros e organismos internacionais.

No que tange à administração da *res pública*, o órgão executivo deve sempre buscar o desenvolvimento social e a máxima efetividade dos bens e serviços públicos, visando a construção de uma sociedade justa e igualitária.

Dentre as formas de alcançar esse objetivo está a promoção de políticas públicas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.814), política pública “é um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”.

Interessa-nos, aqui, as políticas públicas que são necessárias à implementação dos direitos fundamentais, implementação esta que deve ser feita por meio de prestações positivas, por expressa previsão constitucional.

Podemos citar como exemplo destes direitos a proteção da saúde (artigo 196), da educação (artigos 205 e 208), do incentivo à cultura (artigo 215) do desenvolvimento da ciência e tecnologia (artigo 218), previdência social (artigos 6º e 201), dentre outros.

Conforme Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p.175), a norma prevista no artigo 205 da Constituição Federal estatui para o Estado um dever jurídico de prestação, de conteúdo positivo, e que a ele corresponde um direito correlato, que só pode ser o direito subjetivo público a prestações positivas do Estado.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p.177), a educação é direito de todos. Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 reconhece como direito

público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório (artigo 208, §1º), razão pela qual o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público gera responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, §2º), por se tratar de conduta omissiva inconstitucional.

Além disso, conforme artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante *políticas sociais e econômicas*. Ora, vê-se, claramente, que a Norma Máxima atribuiu ao Estado o dever de promover o direito a saúde e o direito a educação, mediante políticas públicas.

No dia 25 de março de 2010, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, falou sobre o direito universal à saúde e o papel do poder judiciário brasileiro na efetivação de tal direito, no discurso inaugural da Conferência sobre o “Judiciário e o Direito à Saúde”, sediada Universidade de Princeton, nos Estados Unidos.

Segundo o ministro Gilmar Mendes, em seu discurso (p.2):

Unlike the American Constitution, the Brazilian Constitution, enacted in 1988, expressly assures (article 196) that the right to health is: (i) granted to every person, (ii) a duty of the State, (iii) effectuated through socioeconomic policies, (iv) aimed at reducing risk of diseases and other maladies (v) ruled by the principle of universal and equal access (vi) to actions and services that promote, protect and recover ones health<sup>21</sup>.

E continua (p.2):

In Brazil, interpretation of this article has caused great division both in academia and in the Judiciary. Antagonistic theses struggle to define “if”, “how” and “in what measure” the constitutional right to health embodies a

---

<sup>21</sup> Discurso proferido por Gilmar Mendes na abertura da Conferência sobre Judiciário e Direito à Saúde, sediada em Princeton, Estados Unidos. Em termos: “Diferente da Constituição Americana, a Constituição Brasileira, promulgada em 1988, expressamente assegura (artigo 196) que o direito à saúde é: (i) garantido a todas as pessoas; (ii) um dever do Estado; (iii) efetivado por meio de políticas sócio-econômicas; (iv) voltado à redução de risco de doenças (prevenção) e outras moléstias; (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; (vi) composto por ações e serviços que promovem, protegem e recuperam a saúde das pessoas” (p.2). Tradução efetuada pelo autor.

subjective right of a public nature to positive actions by the State that may be enforced by the Judiciary.<sup>22</sup>

Em razão de que o direito à saúde efetiva-se, principalmente, através de prestações positivas do Estado, o ministro ainda ressaltou que (p.5):

Our experience is that, usually, claims do not involve demands that the judiciary act to suppress “legislative omission” – lack of legislation needed to operate a certain constitutional provision –, but that a policy already created by the competent legislative and executive authorities be effectively implemented<sup>23</sup>.

Em outras palavras, a omissão na área da saúde se dá mais comumente em relação à omissão do dever de atuação dos Poderes Públicos, especialmente da máquina administrativa, responsável pela satisfação dos interesses constitucionalmente previstos, por meio de prestações positivas, em razão da não implementação de políticas públicas ou da não disponibilização orçamentária para tanto.

Neste sentido, segundo salienta Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.813):

[...] existindo um projeto tão claro e evidente no qual foi cometida ao Estado a função de protagonista necessário da implementação destes bens jurídicos, fica liminarmente rejeitada do modo mais radical possível qualquer veleidade de acolhida do neoliberalismo ou de absentismo estatal, pois isto seria precisamente a negação do que foi irrogado como um dever ao Estado Brasileiro.

---

<sup>22</sup> Discurso proferido por Gilmar Mendes na abertura da Conferência sobre Judiciário e Direito à Saúde, sediada em Princeton, Estados Unidos. Em termos: “No Brasil, a interpretação deste artigo tem causado grande polêmica, tanto academicamente, quanto no Judiciário. Teses antagônicas se esforçam para definir “se”, “como” e “em que medida” o direito constitucional à saúde incorpora um direito subjetivo, de natureza pública, a ações positivas, a serem prestadas pelo Estado, que podem ser postas em vigor pelo Poder Judiciário” (p.2). Tradução efetuada pelo autor.

<sup>23</sup> Discurso proferido por Gilmar Mendes na abertura da Conferência sobre Judiciário e Direito à Saúde, sediada em Princeton, Estados Unidos. Em termos: “a nossa experiência mostra que, geralmente, as reivindicações não envolvem demandas em que o judiciário age para suprimir omissão legislativa – falta de legislação necessária para tornar aplicável determinada norma constitucional – mas uma política pública já criada pelas autoridades legislativa e executiva competentes, mas que ainda não foi efetivamente implementada” (p.5). Tradução efetuada pelo autor.

Sendo assim, em relação a direitos fundamentais, como o direito à saúde e à educação, a omissão no dever de atuação dos Poderes Públicos, especialmente da máquina administrativa, responsável pela satisfação dos interesses constitucionalmente previstos, por meio de prestações positivas, em razão da não implementação de políticas públicas ou da não disponibilização orçamentária para tanto, contraria diretamente a Constituição.

Nos dizeres de Anna Candida da Cunha Ferraz (1986, p.227):

[...] não se pode olvidar o comando do Executivo na vida política, econômica e social de um Estado, fenômeno típico dos Estados contemporâneos, que coloca, nas mãos desse poder, os meios de ação para atuar nessa área. A inércia do Executivo faz mais nítido o distanciamento entre a Constituição normada e a Constituição aplicada, com decorrências graves e danosas para a vida político-econômica e social do Estado.

Portanto, ao Estado, principalmente ao Poder Executivo, foi atribuído o dever de implementar e desenvolver os direitos sociais mediante políticas públicas, razão pela qual o descumprimento desse dever, caracterizado por um não fazer, configura flagrante omissão inconstitucional.

Em razão do tema tratado, uma observação afigura-se pertinente. Nas palavras de Vanderlei Siraque (2009, p.44):

As leis quase sempre trazem em seus conteúdos diretrizes e determinações de políticas públicas, como de saúde, educação, segurança, meio ambiente, transporte, habitação, comércio, indústria, atividade econômica que deseja incentivar ou restringir, organização administrativa, política tributária, participação e controle. Vê-se, assim, que a função legislativa do Estado determina o âmbito da atividade administrativa.

E continua (2009, p.44):

Sendo a atividade administrativa exercida conforme a lei, segundo o princípio da legalidade, não resta dúvida de que o poder Legislativo influencia e participa indiretamente da atividade administrativa do Estado, dando as diretrizes e elaborando, pelo menos formalmente, as políticas públicas necessárias aos interesses da sociedade.

Portanto, seja porque não executou as políticas públicas previamente previstas em lei editada pelo Poder Legislativo, seja porque se quedou inerte na sua elaboração, o Poder Executivo incorre em inconstitucionalidade por omissão, já que seu dever constitucional consubstancia-se na promoção de prestações positivas aos cidadãos, no sentido de garantir-lhes a fruição de direitos fundamentais.

Anota-se, por fim, que o dever de atuação do órgão executivo, referente a prestações positivas, muitas vezes encontra-se previsto em uma norma constitucional programática.

As normas constitucionais programáticas se caracterizam por definir parâmetros para atuação do Estado, visando efetivar determinados direitos aos cidadãos, principalmente de cunho social, mas que, geralmente, demandam tempo e possibilidade para sua realização.

Veja que as normas constitucionais programáticas definem o modo por meio do qual os Estados devem se orientar para a efetivação do direito por ela previsto. Em outras palavras, as normas programáticas dizem “*para onde se vai e como se vai*” (MIRANDA, 1967, p.127).

Durante muito tempo se negou juridicidade às normas programáticas, o que poderia servir como escusa ao cumprimento de seus mandamentos. Entretanto, todas as normas constitucionais, pelo simples fato de integrarem o corpo normativo da Constituição, partilham da sua característica de ser suprema. Dessa forma, se as normas constitucionais programáticas integram o corpo constitucional, elas também compartilham da juridicidade suprema, constringendo todo o ordenamento jurídico aos seus comandos.

Portanto, as normas constitucionais programáticas, hoje, não são mais vistas como meras intenções, destituídas de juridicidade e poder vinculante, sendo capazes, hoje, de constringer o ordenamento jurídico aos seus comandos, inclusive o comportamento dos poderes públicos. Assim, “ao falar em normas programáticas, não é possível questionar a sua imperatividade, mas apenas a sua efetividade” (FERRARI, 2001, p.172).

#### **7.4.2.1 Pressupostos de caracterização**

A omissão inconstitucional pela ausência de políticas de governo pode ser definida como a inércia consciente, intencional e deliberada do Poder Executivo em descumprir um mandamento constitucional. Mandamento este consubstanciado no dever de promoção de políticas públicas.

Veja, então, que o pressuposto inicial da omissão inconstitucional em questão é o descumprimento intencional do dever de promover políticas públicas, dever este que foi expressamente atribuído, pela Constituição, ao órgão executivo, por se tratar de uma de suas funções típicas, estritamente ligada à Administração Pública.

A questão do tempo também se mostra como um dos pressupostos de caracterização deste tipo de omissão inconstitucional, principalmente quando a política pública é meio para implementação de programas que não se limitam à prática de um só ato. Isto é, há direitos sociais, como o direito à saúde e à educação, que não se resumem a só uma política pública, devendo ser progressiva e constantemente ampliada, melhorada e multiplicada.

Anota-se que o prazo razoável necessário ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão deve ser avaliado segundo os contornos de cada caso concreto, tomando-se em consideração parâmetros jurídicos, políticos e sociais.

Além do tempo, também se faz presente a análise da importância do programa a ser implantado, ou do direito a ser concretizado. Neste sentido, se o programa está diretamente ligado a um direito básico, de necessidade incontestável, assim como é o direito a saúde, então a inércia do órgão executivo pode ser considerada como inconstitucional.

Dessa forma, a combinação do requisito tempo com a importância do programa a ser implantado revela-se um critério que poderia ser utilizado como parâmetro para constatação da omissão inconstitucional executiva.

Uma importante fonte de análise, tanto da duração de um tempo razoável, como da importância do programa a ser implantado, é a lei orçamentária elaborada pelo Poder Executivo, bem como “as leis de créditos adicionais (especiais e suplementares)” (SILVA, 2009, p.746).

Conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.746):

*Leis orçamentárias* são as previstas no art. 165. Sua formação fica sujeita a procedimentos especiais. Pela sua natureza de leis temporárias, são de *iniciativa legislativa vinculada*, quer isso dizer que, no tempo definido, a autoridade a que se comete o poder de iniciativa delas, no tempo definido, que é o Presidente da República por força do disposto nos arts. 165 e 166, terá que tomar as providências necessárias à remessa do respectivo projeto (proposta) ao Congresso Nacional.

Como se vê, as leis orçamentárias, como o próprio nome já diz, são responsáveis por discriminar a quantidade de recursos públicos (orçamento), bem como o fim no qual serão utilizados. Dessa forma, analisando os parâmetros previstos nas leis orçamentárias com as respectivas prestações de contas de obras, serviços, programas e políticas públicas realizadas, podemos encontrar indicadores que demonstrem o cumprimento ou não do dever constitucional atribuído ao órgão executivo.

Outro parâmetro que deve ser levado em consideração é a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos destinatários do direito que deveria ser concretizado pelas políticas públicas. Como se viu, ainda que esses direitos consubstanciem-se em programas a serem implementados progressivamente pelo Poder Público, sua concretização é exigida, caso em que a ausência de tais programas pode ocasionar prejuízos aos cidadãos, tornando a administração pública responsável pelos danos causados em razão de sua não implementação.

Portanto, os pressupostos de caracterização das omissões inconstitucionais executivas pela ausência de políticas de governo são:

a) descumprimento intencional de um dever, constitucionalmente imposto, consubstanciado na implementação de políticas públicas, necessárias à concretização de direitos fundamentais, ainda que previstos na forma de programas.

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da ausência de políticas públicas, posto que impedida a efetiva concretização de direitos fundamentais;

c) a importância do programa (direito) a ser implementado (concretizado); e

d) o transcurso de um prazo razoável.

Descumprido intencionalmente o dever de promover políticas públicas, deve-se buscar, agora, soluções para tal inércia danosa. É o que veremos no próximo tópico.

#### **7.4.2.2 Solução**

Neste tópico, apresentaremos alguns apontamentos para tentar contribuir com o controle efetivo das omissões inconstitucionais decorrentes do descumprimento do dever de promover políticas públicas, atribuído ao Poder Executivo.

Seguindo a mesma linha anteriormente adotada, estamos diante de um *comportamento inconstitucional*, na modalidade *omissiva*. Isto porque o chefe do executivo deveria cumprir o comando constitucional, mas desrespeita a ordem que lhe foi dirigida.

Na análise das soluções, utilizaremos-nos das propostas anteriormente lançadas, mas que estão sendo estudadas de acordo com cada modalidade de omissão. São elas: o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado, a supressão judicial da omissão executiva e a ação popular de cumprimento de obrigação constitucional.

a) O constrangimento do agente constitucionalmente obrigado

Estamos diante de um comportamento omissivo do órgão executivo. Dessa forma, a Constituição, exercendo o seu poder de constrangimento compatibilizador, deve constranger o próprio agente constitucional, para que o faça se orientar de acordo com o comportamento que lhe foi *imposto*.

O constrangimento do agente constitucional, como já exaustivamente foi debatido, tem como barreira o dogma da separação de poderes, já que, na linha defendida por este trabalho, tal constrangimento será feito, necessariamente, por outro órgão do Estado, por meio da instrumentalização do poder de constrangimento compatibilizador da Constituição.

Além disso, conforme salienta Luís Roberto Gomes (2003, p.67):

[...] prevalecia como dogma quase absoluto a insindicabilidade dos atos administrativos, bem assim da omissão administrativa pelo Poder Judiciário, ao qual se vedava sobrepor seu juízo valorativo ao administrador, mormente diante da faculdade discricionária deste de sopesar a oportunidade e conveniência de como e quando agir, ou de se ou não agir.

Interessante observar, entretanto, que, hoje, especificamente em relação às políticas públicas, a separação de poderes e a discricionariedade administrativa não se mostram como obstáculos intransponíveis, já que, freqüentemente, irrompem-se decisões do Poder Judiciário determinando ao órgão executivo (administração pública) a implementação dos programas constitucionalmente previstos.

Ora, a manutenção destes dogmas, em detrimento da concretização dos preceitos constitucional, “é absolutamente inadmissível num Estado Social e Democrático de Direito” (GOMES, 2003, p.67).

Conforme pondera Luís Roberto Gomes (2003, p.66):

A Administração Pública, no exercício de suas funções, tem o dever constitucional e legal de atender as finalidades de interesse público norteadas no ordenamento jurídico, com a meta de bem servir o destinatário de sua atuação e proporcionar-lhe o bem estar-social. Afinal, é para isso que o titular do poder político estatal, o povo, delega seu exercício ao Poder

Público e diz a este, através de comandos legislativos, o conteúdo da vontade que deve ser concretizada.

A partir do momento que a administração pública descumpre o dever constitucional que lhe foi imposto, porque se queda inerte, surge a necessidade do controle deste comportamento omissivo. Assim é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.814):

Uma vez que tanto se ofende o direito fazendo o que ele proíbe como não fazendo o que ele manda, pode-se controlar tanto os comportamentos produtores de política pública, isto é, os comissivos, quanto os de omissão de política devida.

Neste sentido se observa recente decisão proferida em 23 de março de 2010, pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao determinar que o município de Florianópolis (SC) executasse programas de atendimento a crianças vítimas de exploração sexual, impondo a efetivação do que prevê o artigo 227 da Constituição Federal.

Estamos diante de um exemplo claro em que o Poder Judiciário, instrumentalizando o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, constrange (obriga) o agente constitucional (Poder Executivo – administração Pública) a cumprir com o dever de promover políticas públicas e programas previstos na Norma Máxima.

Em seu voto<sup>24</sup>, o nobre ministro ponderou que (p.2-3):

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “*caput*”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) *com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a*

---

<sup>24</sup> Voto do Ministro Celso de Mello no recurso extraordinário 482.611 Santa Catarina. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>> Acessado em: 21 de abril de 2010.

*salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”[...]*

Vê-se que a proteção aos direitos da criança e do adolescente, insculpido no artigo 227, caput, da Constituição Federal, é um dever constitucionalmente imposto ao Estado, especialmente à Administração Pública, pois se consubstancia em prestações positivas, que se dão, principalmente, por meio da implementação de políticas públicas.

Quanto à referida norma pertencer à família das normas constitucionais programáticas, Celso de Mello, corroborando seu caráter cogente, enfatiza que (p.12):

O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

E continua (p.13):

[...] as normas programáticas vinculam e obrigam os seus destinatários, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Sendo assim, mesmo que o direito fundamental a ser efetivado por políticas públicas esteja previsto em uma norma programática, ante o caráter imperativo de tais normas, o Poder Público não pode se furtar a realizar os programas nelas previstos, já que, como tais normas definem os parâmetros de atuação do Estado, tanto o desvio de comportamento, como a ausência dele, revela-se como conduta inconstitucional.

Ora, quando as normas constitucionais trazem direitos subjetivos cuja realização depende de prestações positivas do Estado, o Poder Judiciário,

observando a proporcionalidade, pode intervir, determinando a efetivação das políticas públicas.

Nestes casos, o Poder Judiciário poderá ordenar a implementação de tais políticas, ou mesmo o cumprimento das mesmas, já que, dessa forma, estaria fazendo atuar o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, concretizando-se, assim, a ordem por ela imposta. Portanto, o constrangimento do órgão executivo é uma das saídas para realizar a garantia da Constituição, enquanto instrumento de afirmação de direitos e garantias fundamentais.

É claro que o constrangimento da Administração Pública na implementação de políticas públicas encontra outras barreiras, tais como a denominada “reserva do possível”.

Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.815):

Questão relevante, no que concerne aos direitos exigíveis pelos administrados, é a que diz respeito à chamada “reserva do possível”, em face da qual o Estado ver-se-ia desobrigado, pois não teria como acudir a todas as necessidades sociais.

É claro que a questão da reserva do possível poderia sim funcionar como excludente de responsabilidade, já que o Estado não possui orçamento para efetivar, de pronto, todos os direitos sociais, nem como atender todos os cidadãos ao mesmo tempo.

Observa-se, entretanto, que assim como acontece com a “liberdade de conformação do legislador” e a “discricionariedade administrativa”, a reserva do possível é utilizada, na maioria das vezes, como mero argumento de retórica, sem comprovação alguma de ausência efetiva de recursos públicos necessários à implementação das políticas públicas. Ora, a reserva do possível “não pode ser apresentada de forma genérica, sem provas da falta de recursos financeiros”<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Decisão proferida pela egrégia Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. REsp 764.085-PR, Rel. Min. Humberto Martins. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, DJ: 29/04/2010, julgado em 1º/12/2009. Disponível em: <[http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/creche%20-%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel%20-%20STJ%202010.pdf](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/creche%20-%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel%20-%20STJ%202010.pdf)> Acesso em: 18 de julho de 2010.

Além disso, deve-se atentar que “a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção pelo administrador” (MELLO, p.14) não podem ser obstáculos à concretização de direitos fundamentais essenciais.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>26</sup>:

Observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social.

Dessa forma, a reserva do possível é sim um limitador a ser considerado, devendo servir de “mecanismo de mitigação do *ativismo judicial irresponsável*, sem se transformar em obstáculo jurídico à realização dos direitos fundamentais sociais” (CAMBI, 2009, p.487).

Portanto, ao determinar a implementação de políticas públicas, “cabe ao Judiciário primar pela tutela do mínimo existencial, acolhendo pretensões relacionadas à execução de políticas públicas *específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas*” (CAMBI, 2009, p.488).

---

<sup>26</sup> Decisão proferida pela egrégia Segunda Turma Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, DJ: 29/04/2010, julgado em 20/4/2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=964063&nreg=201000486284&dt=20100429&formato=HTML>> Acesso em: 18 de julho de 2010.

Para conferir maior legitimidade democrática às determinações judiciais, importante é o papel exercido pelo Ministério Público, já que, hoje, com o advento da Constituição Democrática de 1988, esta louvável instituição se transformou em “*agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas*” (CAMBI, 2009, p.488), revelando-se como verdadeiro órgão necessário e imprescindível de defesa da cidadania.

Desta forma, o Poder Judiciário, provocado pelo Órgão Ministerial na via da ação civil pública, suprirá a “omissão administrativa ilícita, quando violadora de normas constitucionais e legais, e lesiva a interesses supra-individuais da coletividade (GOMES, 2003, p.69).

Por fim, se o administrador descumprir a determinação judicial, vários mecanismos podem ser utilizados, tais como: “a) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal” (GRINOVER, p.8).

#### b) Supressão judicial da omissão executiva

Por supressão judicial da omissão executiva entenda-se a ingerência do Poder Judiciário nas atribuições originariamente atribuídas ao Poder Executivo, porque a inércia deste provocou a necessidade de atuação concretizadora daquele.

O Poder Judiciário exerceria as atribuições que foram originariamente conferidas ao Poder Executivo, com o único e exclusivo objetivo de concretizar direitos e garantias fundamentais e manter intacta a autoridade constitucional.

Estaríamos diante de uma legitimação extraordinária, fruto de um temporário movimento inter institucional de funções, que confere a outro poder da República a prerrogativa de agir naquela situação especial, com o fim específico de concretizar a Constituição.

Embora encontre resistências na doutrina, admite-se o controle e a implementação das políticas públicas, via ação judicial. Entretanto, a criação de políticas públicas, por parte do Poder Judiciário, que representaria a efetiva

supressão judicial da omissão executiva, é um assunto que, definitivamente, está longe de ser pacífico.

Entretanto, decisões memoráveis encontram-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Podemos citar, por exemplo, a decisão monocrática do ministro Celso de Mello, proferida na ADPF 45-9<sup>27</sup>, de onde se extrai o seguinte trecho (2004, p.3-4):

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Como se vê, excepcionalmente, em razão de uma legitimação extraordinária justificada pela necessidade de concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, o Poder Judiciário pode se arrogar nas funções originariamente atribuídas ao Poder Executivo, no sentido de formular e implementar políticas públicas exigidas pelas imposições constitucionais.

---

<sup>27</sup> Termos da decisão monocrática, proferida pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em sede da ADPF 45-9. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)> Acesso em: 18 de julho de 2010.

### c) Ação popular de cumprimento de obrigação constitucional

A ação popular de cumprimento de obrigação constitucional é uma das alternativas a solucionar a omissão executiva decorrente da ausência de políticas públicas.

Ressalta-se que não há, no nosso ordenamento jurídico, a previsão específica de uma ação (iniciativa) de cumprimento de obrigação (dever) constitucional. Entretanto, há instrumentos subsidiários, como o direito de petição e a iniciativa popular, previstos, respectivamente, nos artigos 5º, XXXIV, “a” e 61, §2º da Constituição Federal de 1988.

Registre-se que, pela ausência de previsão de uma ação (iniciativa) popular de cumprimento de obrigação constitucional, somada às dificuldades da supressão judicial da omissão executiva decorrente de ausência de políticas públicas, recomenda-se a utilização do constrangimento judicial da administração pública na implementação de políticas de governo, ante a eficiência desta via de solução.

### **7.4.3 Omissão inconstitucional executiva pelo descumprimento do dever de fiscalização**

O Poder Executivo também incorre em omissão inconstitucional pelo descumprimento do dever de fiscalização dos demais poderes constituídos e órgãos do Estado.

Veja que quando nos referimos ao “dever de fiscalização”, estamos a empregar a expressão com significado amplo, no sentido de fiscalização do cumprimento e observância dos preceitos constitucionais, já que este dever é necessário à manutenção da ordem constitucional.

Ora, ao Poder Executivo, assim como acontece com os demais poderes constituídos, foi confiada a guarda da Constituição. Isto significa que o

órgão executivo deverá protegê-la de qualquer ataque subversivo que possa sofrer, ainda que este ataque seja desferido pelos órgãos integrantes do poder.

Veja que o cumprimento do dever de fiscalização, confiado pela Constituição ao órgão executivo, é condição imprescindível a evitar a usurpação de poder e a tirania, bem como contribuir para o desenvolvimento e a manutenção de nossa sociedade democrática.

Sendo assim, o descumprimento deste dever de fiscalização, por meio da adoção de um comportamento inerte, revela-se contrário aos interesses da Constituição e da própria sociedade, caracterizando-se como inconstitucional.

Portanto, o Poder Executivo não pode permanecer inerte diante de qualquer violação que a Constituição venha a sofrer porque, mesmo que não haja previsão expressa neste sentido, tem o dever de protegê-la, para que a democracia e o Estado de Direito, valores conseguidos a um alto custo, não sejam destruídos.

### **7.3.3.1 Pressupostos de caracterização**

Os pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional executiva, pelo descumprimento do dever de fiscalização são:

a) dever geral de controle dos demais órgãos do Estado, consubstanciado na fiscalização do cumprimento, observância e integridade dos preceitos constitucionais;

b) a existência de um ato, ou comportamento, de tirania, ou abuso de poder, dirigido a fraudar, destruir ou impedir a concretização dos preceitos constitucionais, especialmente daqueles que se referem às garantias dos governados.

Vê-se que, aqui, não enumeramos o prejuízo, ou risco de prejuízo, como requisito desta modalidade de omissão. Ora, a partir do momento que se tenta subverter a ordem constituída, o risco de lesão é presumido, já que o próprio

instrumento de afirmação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão está em perigo, razão pela qual o ato subversivo deve ser imediatamente combatido.

É por isso que não se fala, tampouco, em transcurso de prazo razoável, já que, na medida em que o ato tirânico é praticado, o Poder Executivo deve exercer imediatamente o seu dever de controle, desencadeando uma série de mecanismos de defesa constitucional, justamente para evitar o seu perecimento.

#### **7.4.3.2 Solução**

O dever de fiscalização é necessário a manter a integridade constitucional, bem como os valores que a compõem. Sendo assim, o dever de fiscalização é contra-autoritário, posto que impede a manifestação de ordens desviantes, diferentes da ordem constitucionalmente constituída.

Nesse sentido, o Poder Executivo, por derivar desta ordem constitucionalmente constituída, deve sempre exercer o seu papel fundamental de organismo integrante da República, controlando os demais poderes e órgãos do Estado quando estes destoarem de suas funções democráticas.

É por esta razão que não se pode defender o constrangimento do órgão executivo em exercer o seu papel de fiscalização. Ora, ou o agente constitucional decide por cumprir o seu papel constitucional-democrático de fiscalização ou cede à passividade inconstitucional.

Portanto, assim como defendido em relação à omissão do legislador, a única solução possível é que outro órgão do Estado assuma temporariamente esta função, numa espécie de legitimação extraordinária, evitando o colapso do sistema jurídico e da supremacia democrático-constitucional da ordem constituída.

Neste cenário é extremamente importante a participação de todos os setores da população, empenhados em realizar o bem comum e o contínuo desenvolvimento de uma sociedade pacífica, solidária e democrática. Podemos citar

a desobediência civil como importante instrumento de participação social no controle das omissões inconstitucionais pelo descumprimento do dever de fiscalização.

Conforme salienta Maria Garcia (2004, 293), desobediência civil é:

[...] uma das formas particulares de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação [...]

Além disso, destaca-se, também, a atuação do Ministério Público, já que, como preleciona o *caput* do artigo 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é uma instituição permanente “essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis”, devendo estar sempre atento a qualquer atentado que a ordem democrática venha a sofrer.

#### **7.4.4 Outros casos de omissão inconstitucional executiva**

Observa-se também omissão inconstitucional quando o Poder Executivo descumpre, por inércia, qualquer outra regra que esteja englobada no círculo de competências que a Constituição lhe atribuiu e que cause anomalias jurídicas graves.

Podemos citar como exemplo de omissão inconstitucional executiva, apresentada por Leda Boechat Rodrigues<sup>28</sup> o fato de que, durante o período entre os anos de 1891 a 1893, em razão de uma crise institucional existente entre os Poderes Executivo e Judiciário, o Supremo Tribunal Federal permaneceu meses sem exercer suas funções, por falta de preenchimento dos cargos vagos, porque o

---

<sup>28</sup> *História do Supremo Tribunal Federal*. 1891-1898. T-1, *Defesa das Liberdades civis*. Apud Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, p. 364.

Presidente da República, que detinha a competência para nomear os ministros, propositadamente não a exerceu.

Além deste, há outros casos de omissões inconstitucionais executivas<sup>29</sup>, cujos pressupostos de caracterização dependerão das características de cada caso, mas sempre terão em comum o fato de que o Poder Executivo descumpriu um dever que lhe era imposto pela Carta Magna.

Por fim, os demais casos de omissões inconstitucionais deverão ser solucionadas pelos meios já estudados, no que couber. Enfatize-se, entretanto, especial atenção ao constrangimento do agente constitucional obrigado e à supressão judicial da omissão inconstitucional, já que, o objetivo deste trabalho, é justificar a legitimação do Poder Judiciário no controle judicial das omissões inconstitucionais.

## **7.5 Omissão Inconstitucional Judicial**

Mantendo-se a simetria desenvolvida neste presente trabalho, precisamos delimitar a abrangência conceitual do termo “judicial”. Ao estudarmos a omissão inconstitucional judicial, estaremos nos referindo às espécies de omissões inconstitucionais a que o Poder Judiciário pode incorrer.

Segundo Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2004, p.364-365), em relação ao judiciário, “a mais importante omissão, ou seja, a mais grave, é sem dúvida a denegação da justiça, podendo advir também do retardamento dos casos levados a sua apreciação”.

Como se vê, a denegação da justiça é a principal forma de omissão judicial. A denegação da justiça pode se dar por várias razões, dentre elas a

---

<sup>29</sup> Conferir Anna Cândida da Cunha Ferraz. Processos informais de mudança da Constituição, p.226-227.

ausência proposital de prestação de qualquer medida judicial e a morosidade no julgamento das causas.

Além disso, o Poder Judiciário também incorre em omissão inconstitucional quando deixa de promover a fiscalização dos demais poderes constituídos.

Sendo assim, estudaremos essas duas modalidades de omissão: a denegação de justiça (caracterizada pela ausência de medida judicial ou pela morosidade no julgamento do processo) e o descumprimento do dever de fiscalização.

### **7.5.1 Omissão inconstitucional judicial por denegação de justiça**

“A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado” (SILVA, 2009, p.554). Entretanto, antigamente, não havia um organismo de coletividade estruturada, tal como se caracteriza o Estado hoje. Além disso, mesmo que já se observasse uma certa estrutura de organização, “primitivamente, o Estado era fraco e limitava-se a definir direitos” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.40), razão pela qual o conflito entre as pessoas eram resolvidos das mais variadas formas possíveis.

Conforme nos ensina José Afonso da Silva (2009, p.554):

Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se *jurisdições feudais* e *jurisdições baronais*. Lembre-se de que os donatários das Capitanias Hereditárias no Brasil colonial dispunham de *jurisdição civil* e *criminal* nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a *jurisdição eclesiástica*, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado.

Nesta época em que o Estado ainda era fraco, cabia aos particulares a proteção e a efetivação de seus direitos. Trata-se do que se denomina de “justiça de

mão própria”, ou “justiça privada”, já que as pessoas utilizavam-se dos seus próprios meios para alcançarem aquilo que pensavam ser justo.

Entretanto, este método era falho, pois favorecia a prevalência do mais forte sobre o mais fraco, isto é, aquele que detinha superioridade econômica, política e física poderia impor a sua noção de justiça sobre a pessoa indefesa.

É neste sentido que com o “fortalecimento do Estado e com o aperfeiçoamento do verdadeiro Estado de Direito, a justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 40).

Surge, então, a noção de aplicação da justiça como atribuição exclusiva do Estado, já que este, como ente criado a partir do pacto social, passaria a solucionar os conflitos dos cidadãos, substituindo a decadente e ultrapassada justiça privada.

Conforme salienta Humberto Theodoro Júnior (2008, p.40):

O Estado Moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei.

Dessa forma, o Estado assumiu a função de prestar a justiça de acordo com o caso submetido à sua análise. Para o desempenho dessa função, estabeleceu-se a jurisdição.

A jurisdição pode ser definida como “a atividade exercida pelo Estado, manifestando o poder de tutelar direitos garantidos em lei, aplicando as normas gerais aos casos concretos, com desejada imparcialidade, buscando, sempre, a paz social, por intermédio dos órgãos judicantes” (GERAIGE NETO, 2003, p.25).

Veja, então, que cabe somente ao Estado a solução dos conflitos de interesses, e estes conflitos devem ser solucionados “à luz da estrutura de um Estado de Direito, pelo menos tal como se concebe, evitando-se, assim, que as pessoas tentem resolver seus problemas *com as próprias mãos*, a exemplo de tempos passados e mais selvagens [...]” (GERAIGE NETO, 2003, p.25).

Assim, conforme pondera Humberto Theodoro Júnior (2008, p.42):

[...] é fora de dúvida que a atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter não apenas o *poder* jurisdicional, mas também assumiu o *dever* de jurisdição.

A partir do momento que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição, proibindo a justiça de mão própria, nasce o dever da prestação jurisdicional. Em outras palavras, quando o Estado retirou dos cidadãos a prerrogativa de resolverem seus conflitos por si só, automaticamente assumiu o dever de resolvê-los, para que a paz social seja promovida.

É neste sentido que (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.42):

Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário e amistoso para harmonizá-los.

Ora, se o Estado assumiu para si o dever de jurisdição, ao mesmo tempo em que proibiu a justiça privada, então este mesmo Estado não pode se eximir de solucionar o conflito de interesses. A partir do momento que o Poder Judiciário foi provocado, uma resposta deverá ser dada ao jurisdicionado, isto é, a prestação jurisdicional deverá ser entregue a aquele que a reclamou.

Esta é, inclusive, uma das características basilares da função jurisdicional, qual seja a indeclinabilidade. Segundo o princípio da indeclinabilidade, o órgão “constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusa-se a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.45).

Portanto, como a prestação da jurisdição é um dever do Poder Judiciário, e como foi proibido aos particulares, por si só, realizarem a solução dos

conflitos nos quais se vêem envolvidos, a recusa na prestação jurisdicional configura perversa omissão inconstitucional, já que a solução dos conflitos nunca seria alcançada, prejudicando-se a almejada pacificação social.

Veja que a omissão na prestação jurisdicional é mais do que inconstitucional, ela contraria o próprio fundamento do Estado. Ora, o monopólio da jurisdição remonta à própria formação do Estado, enquanto ente organizado, isto é, deriva diretamente do pacto social, sendo a Constituição o instrumento democrático no qual esse dever é selado.

Veremos, a seguir, alguns assuntos relacionados à omissão inconstitucional por ausência de medida judicial. Trataremos de questões referentes à inafastabilidade do controle jurisdicional, à polêmica envolvendo a possibilidade jurídica do pedido (condição da ação), à duração razoável do processo, à discussão acerca do juízo arbitral, dentre outras.

#### **7.5.1.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional: garantia de provocação**

A partir do momento que o Estado assumiu privativamente a função de solucionar o conflito de interesses, este mesmo Estado “tem o dever de possibilitar o acesso dos jurisdicionados à tutela jurisdicional em sua plenitude, jamais criando empecilhos à solução dos litígios” (GERAIGE NETO, 2003, p.26).

Em outras palavras, se o Estado é o único legitimado a resolver os conflitos que emergem do meio social, por meio da função jurisdicional, aos envolvidos nestes conflitos devem ser assegurados meios de provocar a jurisdição, já que, como se sabe, esta tem a inércia como uma de suas marcantes características.

Neste sentido, a Constituição cidadã de 1988 assegurou, como direito fundamental dos cidadãos, em seu artigo 5º, XXXV, o que se convencionou chamar de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, já que o referido dispositivo

garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Da redação deste dispositivo “conclui-se que todos têm a garantia estabelecida na própria Constituição da República do acesso à justiça, buscando a tutela jurisdicional de seus direitos, de forma preventiva ou reparatória” (GERAIGE NETO, 2003, p.27). Em outras palavras, “o princípio da inafastabilidade estará preservado, na medida em que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça ao seu hipotético direito” (MENDES, p.6).

Veja que se o acesso à jurisdição está garantido, a resposta jurisdicional a ser dada está, da mesma forma, assegurada. Não se poderia conceber a garantia de provocação da jurisdição, sem a certeza de que a prestação jurisdicional será obrigatoriamente concedida, caso contrário o direito de provocação se tornaria inútil.

Além do mais, “há de se consignar que essa prestação jurisdicional que o Estado tem o dever de fornecer deve ser a mais ampla possível” (GERAIGE NETO, 2003, p.27), em respeito ao “princípio da proteção judicial efetiva [que] configura pedra angular do sistema de proteção de direitos” (MENDES, 2009, p.974).

Conforme pondera Marcelo Colombelli Mezzomo (2005, p.24):

A Jurisdição ganha [...] uma amplitude que não se restringe a um escopo somente. Não se trata mais de fazer atuar o direito objetivo, ou pacificar o conflito somente. Busca-se a educação para a vida em sociedade, a afirmação do Estado e do Direito, a pacificação com justiça. Enfim a cidadania.

Neste sentido, o processo, instrumento que a jurisdição se utiliza, ganha novas nuances, recheado de garantias fundamentais e novo acompanhamento teórico de legitimação.

Zaiden Geraige Neto enfatiza que (2003, p.29):

[...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional visa a garantir ao jurisdicionado um processo célere com a devida segurança, e efetivo com a necessária justiça, norteado à luz do *due process of Law* e, por

consequente, dos princípios da isonomia, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova ilícita, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição – sem entrar no mérito de sua previsão constitucional ou não – e outros.

Dessa forma, a prestação da tutela jurisdicional não envolve apenas o direito material, mas também o direito processual, ainda mais hoje em que o processo é visto como instrumento de realização do direito material. Ora, a visão constitucional do processo, bem como de seus institutos, pode “oferecer ao jurisdicionado verdadeira aplicação da justiça, sem entraves, com a maior efetividade possível” (GERAIGE, 2003, p.28).

Foi-se o tempo em que o processo, instrumento utilizado pela jurisdição, era visto como mero apêndice do direito material, ou como instituto absolutamente desvinculado daquele. Hoje, “instrumentalismo e efetividade são idéias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de *instrumento*” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.20).

Ao assumir esta função de instrumento, o processo tem o encargo de alcançar a realização do direito material, promovendo a pacificação social. Assim, efetividade está intimamente ligada a um processo justo, já que a prestação jurisdicional poderá ser entregue pelo instrumento que se optou por utilizar. Se assim não o fosse, teríamos claro caso de denegação de justiça, por inadequação do instrumento.

Com efeito, segundo preleciona Marcelo Colombelli Mezzomo (2005, p.23):

Se o poder estatal no Estado Democrático de Direito tem sua legitimidade relacionada ao grau de eficiência que é capaz de produzir, propiciando uma justiça eficaz, rápida e acorde aos valores da sociedade, a medida em que a ciência processual seja capaz de dar realidade a esses resultados estará legitimando o Estado e auxiliando-o a cumprir suas finalidades. A corrente instrumentalista busca exatamente isto, vale dizer, uma visão ampla do fenômeno processual sob a ótica dos consumidores, os jurisdicionados.

Dessa forma, “o conceito de denegação de justiça – em que o termo “justiça” figura como sinônimo de prestação jurisdicional – não diz respeito às limitações naturais do processo, mas às restrições injustificadas ao exercício do direito das partes” (CUNHA, 2009, p.52).

Como restrições injustificadas ao exercício do direito das partes, atinentes a normas processuais, temos o exemplo dado por Sérgio Sérulo da Cunha (2009, p.52):

A multiplicidade de incidentes processuais – espelhada na necessidade de ajuizar novas ações, meios de impugnação e recursos que passam a ter tramitação separada – decorre muitas vezes da excessiva especialização dos juízos, com prejuízo da concentração, sob a mesma autoridade judicial, de todos os aspectos ligados à mesma causa. Sob esse ângulo, a norma processual pode ser causa de denegação de justiça.

Além disso, podemos citar, também, como agente condicionador da denegação da justiça, o formalismo excessivo, que inutiliza o processo, impedindo-se a realização do direito material, fim que se busca alcançar pela jurisdição na utilização do seu instrumento.

São essas mazelas que o instrumentalismo do processo visa extirpar. Conforma enfatiza Marcelo Colombelli Mezzomo (2005, p.25):

A conseqüência mais visível do instrumentalismo reside na busca incansável de adequação do processo, enquanto forma, ao direito material que ele visa servir, cumprindo, pela inserção de valores constitucionais no conteúdo de suas normas, o papel de instrumento do Estado para que seja alcançada a máxima eficiência da prestação jurisdicional. Logo, os institutos processuais devem ser interpretados à luz destes objetivos, ou seja, com uma visão exterior que concebe o meio com vistas ao fim. O conteúdo da ciência processual se publiciza, priorizando-se o prisma que vislumbra no exercício da jurisdição um interesse preponderante do Estado. A jurisdição não apresenta, sob este ponto de vista, o caráter secundário, porque nela não se está buscando prioritariamente a guarda dos interesses das partes, mas sim o interesse maior da sociedade. A ação aparece como uma opção de política legislativa que concede o direito de obter a tutela jurisdicional a julgo do interessado somente porque se constata que o exercício *ex officio* da jurisdição representaria um motivo de inquietude e instabilidade.

Portanto, não basta garantir instrumentos de provocação da jurisdição, deve-se assegurar, também, a própria prestação jurisdicional justa, célere e efetiva. Caso contrário, oferecer ao jurisdicionado a *mera* possibilidade de ingressar em juízo, sem que haja efetiva prestação da tutela jurisdicional, significa oferecer *meia-justiça* (GERAIGE, 2003, p.29).

#### **7.5.1.2 Da (im)possibilidade jurídica do pedido como barreira à prestação jurisdicional**

Pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial, a todas as pessoas é garantido o direito de acesso ao judiciário para a proteção de seu direito, seja porque este foi violado, seja porque foi ameaçado. Entretanto, “[...] para atingir-se a prestação jurisdicional, ou seja, a solução do mérito, é necessário que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.65).

Isso porque, embora todos possam ingressar ao Judiciário, para conseguir “a tutela jurídica, é indispensável que o autor demonstre uma pretensão idônea a ser objeto da atividade jurisdicional do Estado [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.66). Ausente as condições da ação, prejudicada está a análise do próprio mérito, já que o exame daquelas é feito “preliminarmente à apreciação do mérito, em caráter prejudicial” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.66).

Há três condições da ação: a legitimidade “ad causam”, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Vamos nos concentrar somente nesta última, posto que pertinente à temática desenvolvida.

Por possibilidade jurídica do pedido entende-se a “exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.67). Em

outras palavras, o pedido será juridicamente possível se amparado pelas normas jurídicas que compõem o ordenamento.

Acontece que essa condição da ação pode assumir várias facetas, de acordo com teoria que a explica. Por exemplo, há tanto entendimento no sentido de que o pedido é juridicamente possível se o ordenamento jurídico o autorizar, quanto no sentido de que o pedido somente será juridicamente possível se o ordenamento jurídico não o vedar expressamente.

Além do mais, por se tratar de um conceito jurídico estrito que poderia causar grandes equívocos, o seu próprio criador, Liebman, abandonou a existência desta terceira condição da ação, enquadrando-a como uma das formas de manifestação do interesse de agir.

Conforme nos ensina Vicente Greco Filho (2003, p.86-87):

[...] Com efeito, se a lei condiciona a atividade jurisdicional a certa exigência prévia, está, também, declarando que o interesse processual somente será adequado se o autor cumprir tais encargos. Aliás, Liebman, na última edição do *Manuale de diritto processuale civile*, não mais enumera a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, ampliando, pois, o conceito de interesse processual, especialmente na forma de interesse adequação, considerando como falta de interesse aquelas hipóteses em que a outra parte da doutrina classifica como de falta de possibilidade jurídica do pedido [...].

Hoje, firma-se majoritariamente o entendimento no sentido de que pedido juridicamente possível é aquele que não é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico. Mas, se o conceito de possibilidade jurídica é tão nebuloso, e pode induzir a erro, qual a importância da sua análise?

Há dois motivos para seu estudo: [1] primeiramente porque o nosso legislador expressamente positivou a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, como se depreende do artigo 267, VI do CPC; [2] segundo porque considerar-se juridicamente impossível o pedido pode significar denegação de justiça, isto é, ausência injustificada de prestação jurisdicional.

Se o nosso legislador previu a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, devemos enfrentar qualquer problema que dela possa derivar. E um desses problemas é justamente a situação de denegação de justiça.

Ora, veja, se o magistrado julga que o pedido é juridicamente impossível, ele está a dizer que aquele que o pleiteou não o poderia ter feito, porque não há respaldo no ordenamento jurídico para que aquele pedido seja *apreciado*. Note que o magistrado não concede, nem nega o pedido, apenas deixa de apreciá-lo, porque está impedido pelo ordenamento jurídico, ante a ausência de previsão daquele assunto.

Tal situação caracteriza, sem sombra de dúvidas, denegação de justiça, porque a prestação jurisdicional, ainda que negativa, não foi entregue. Fecharam-se as portas jurídicas para o pleiteante, sem que resposta alguma tenha lhe sido dada.

Para coibir este quadro que acabou de se demonstrar, paradigmática foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 820.475 - RJ (2006/0034525-4)<sup>30</sup>.

Originariamente, pleiteou-se o reconhecimento de união estável homossexual, cujo feito foi extinto sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido, isto é, ausência de amparo legal.

Entretanto, conforme salientou, de forma brilhante, o ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator do referido Recurso Especial (2008, p.09):

Note-se que há um mau hábito, de alguns juízes, de indeferir requerimentos feitos pelas partes dizendo que o fazem "por falta de amparo legal". A se interpretar tal expressão como querendo significar que o indeferimento se deu por não haver previsão legal daquilo que se requereu, a decisão obviamente estará a contrariar o disposto no art. 126 do CPC, pois, em tal caso, o juiz deixará de decidir por haver lacuna na lei. A lacuna da lei não pode jamais ser usada como escusa para que o juiz deixe de decidir, cabendo-lhe supri-la através dos meios de integração da lei (Alexandre Freitas Câmara, Lições de Direito Processual Civil, 10ª Ed., vol. I, p. 30).

---

<sup>30</sup> Decisão proferida pela egrégia Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Resp. 820.475 - RJ (2006/0034525-4), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Decisão por maioria e nos termos do voto do relator. Brasília, DJe: 06/10/2008, julgado em 02/09/2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/dl/uniao\\_homossexual.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/uniao_homossexual.pdf)> Acesso em: 25 de julho de 2010.

Note-se que, utilizando inadequadamente a (im)possibilidade jurídica do pedido, o magistrado de primeiro grau violou dispositivos legais, tais como o artigo 126 do CPC, pelo qual o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Além disso, violou também os artigos 4º e 5º da LICC, já que, quando a lei é omissa, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito, devendo, ainda, atender os fins sociais a que a lei se destina (RIBEIRO, 2008, p.09). Por fim, violou-se a própria Constituição, já que todos têm direito a uma prestação jurisdicional, ainda que a resposta dada seja negativa.

Neste sentido, reconheceu-se a possibilidade jurídica da declaração de união estável homossexual, retornando-se os autos às origens para que o mérito fosse efetivamente apreciado.

Esta decisão privilegia a inafastabilidade do controle jurisdicional, já que a ausência de lei não é motivo para que o judiciário não preste a tutela jurisdicional, isto é, lacuna normativa não é motivo para que o judiciário se exima do dever constitucional de julgar. Dessa forma, ainda que não exista lei disciplinando o assunto, deve o Poder Judiciário apreciar o mérito, concedendo a efetiva prestação jurisdicional, ainda que esta seja negativa.

Com efeito, segundo profetizou Celso de Mello (2010, p.3), ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo de Instrumento 788.876 – Minas Gerais<sup>31</sup>, “a prestação jurisdicional, que se revela contrária ao interesse de quem a postula, não se identifica, não se equipara, nem se confunde, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional”.

Portanto, a prestação da jurisdição não se traduz, necessariamente, numa resposta positiva ao jurisdicionado, mas sim a uma resposta efetiva, ainda que esta seja contrária aos interesses de quem a reclama.

---

<sup>31</sup> Voto do Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento nº 788.876 – Minas Gerais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP-TP&docID=53855&ad=s>> Acessado em: 21 de abril de 2010.

### 7.5.1.3 Duração razoável do processo

A duração razoável do processo é um assunto diretamente ligado à omissão judicial, porque “no seio do Poder Judiciário a inércia toma a forma do retardamento, da longa demora na solução dos processos judiciais” (FERRAZ, 1986, p.227), o que pode causar danos ao titular do direito violado e descrédito dos cidadãos para com o judiciário.

Por esta razão, a efetividade do processo também está ligada à sua razoável duração, isto é, a prestação jurisdicional dada de forma rápida, desde que respeitada a segurança jurídica. Com efeito, somente um processo rápido e justo pode garantir que seja assegurado o direito da parte que, tendo certeza que o direito lhe assiste, é obrigada ao sacrifício de estar litigando por tempo indeterminado, e que ao final, se ainda lhe restar um sopro de vida, ver a mesma decisão de primeiro grau sendo ratificada nas instancias superiores.

O efeito nefasto do tempo é bem demonstrado por Sérgio Sérulo da Cunha (2009, p.53):

[...] Juízes vão e vêm, testemunhas mudam de endereço, interesses se transformam, a memória das coisas se perde, ações prescrevem, direitos precluem, a lei se altera, o mundo se transforma, mas não termina o vínculo indissolúvel entre a parte e o processo, até que a morte os separe. Os autos são o corpo de delito de um crime sem autoria, e a existência do processo só é lembrada ao figurar, nas certidões forenses, como empecilho à vida.

A constituição Federal no seu artigo 5º, LXXVIII assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Além disso, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, prevê, em seu artigo 8º, §1º que: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (grifo nosso).

Como se vê, a razoável duração do processo, introduzida pela emenda constitucional 45/2004, ganhou status de direito fundamental constitucional, devendo o processo proporcionar resultados práticos no tempo adequado; tudo conforme a realidade e a necessidade levada como pretensão ao Judiciário.

Assim, “os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficácia de suas decisões” (MORAES, 2007, p. 96).

Tendo em vista isso, muitas reformas estão sendo feitas no Código de processo civil, “com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 9). Significa dizer que, acompanhando o comando constitucional, há uma preocupação do legislador ordinário em criar mecanismos capazes de adequar o casuísmo ao tempo adequado de prestação da tutela jurisdicional.

Isso encontra particular fundamento quando se tem a noção de que a realização de direitos, especialmente constitucionais, acontece mediante decisão judicial. Dessa forma, se o Poder Judiciário retarda a prestação da tutela jurisdicional, está a impedir que o titular do direito constitucionalmente assegurado usufrua do mesmo. Portanto, em última análise, a inércia do Poder Judiciário impede a integral aplicação do que a Constituição prevê.

Neste sentido, a “inatividade ou o retardamento na solução dos feitos, particularmente nas mais altas Cortes de Justiça e nas Cortes Constitucionais, afetam, direta ou indiretamente, a plena aplicação das normas constitucionais” (FERRAZ, 1986, p.228), o que torna o Poder Judiciário diretamente responsável pelos danos causados pela morosidade.

É claro que várias causas contribuem para a morosidade do Poder Judiciário, sendo que algumas delas não podem ser atribuídas exclusivamente aos órgãos jurisdicionais.

Claro é o ensinamento de Rui Stoco (2002, 1.021):

Inúmeras são as causas, em um extremo, na legislação ultrapassada, anacrônica e extremamente formal; passando pela penúria imposta a esse Poder, diante da quase inexistência de verba orçamentária para sua dinamização, modernização e crescimento; encontrando justificção no excessivo número de recursos previsto na legislação processual e nas inúmeras medidas protelatórias postas à disposição das partes e terminando no outro extremo, qual seja, a conhecida inexistência de magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores da República e do Estado para atender à enorme quantidade de feitos em andamento.

Podemos citar, então, principalmente, como causas da morosidade, a falta de estrutura do Poder Judiciário, a grande quantidade de processos, a utilização inadequada do instrumento, a falta de normas e de uma postura firme dos juízes, necessárias a coibir essa utilização inadequada, dentre outras.

A grande quantidade de processos e a falta de estrutura do Poder judiciário são duas causas que caminham de mãos dadas. Com efeito, a grande quantidade de processos revela a falta de estrutura, na medida em que são necessários mais órgãos judiciais para o julgamento dos feitos; ao mesmo tempo em que a falta de estrutura faz com que apenas uma parte dessa grande quantidade de processos tenha um final célere.

A utilização inadequada do instrumento contribui para a morosidade. Por exemplo, temos a quantidade excessiva de recursos protelatórios interpostos com a finalidade de procrastinar o feito, impedindo-se o trânsito em julgado das sentenças, além de uma grande quantidade de ações que chegam aos tribunais superiores, tornando impossível o julgamento célere de todas elas<sup>33</sup>.

Há, também, a ausência de normas necessárias a coibir a utilização inadequada do processo. Além disso, mesmo quando estas normas estão presentes, falta uma postura firme dos juízes para aplicá-las. Podemos citar, por exemplo, a regra esculpida no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo civil, referentes aos embargos de declaração; bem como os dispositivos que tratam sobre a litigância de má-fé.

---

<sup>33</sup> Segundo estatística do próprio Supremo Tribunal Federal, este ano de 2010 caracterizou-se extremamente peculiar, porque foi a primeira vez em 10 anos que são registrados menos de 100 mil processos em andamento na Corte. De janeiro até abril deste ano, os ministros deram 14.899 decisões finais – monocráticas ou colegiadas – e 541 liminares. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123176>> Acesso em: 25 de julho de 2010.

O parágrafo único do artigo 538 do CPC<sup>34</sup> prevê que quando os embargos são manifestamente protelatórios, o juiz ou tribunal declarando que o são, condenará o embargante a pagar multa não excedente de 1% sobre o valor da causa. Na hipótese de reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10%, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

O Código de Processo Civil também disciplina a responsabilidade das partes pela litigância de má-fé<sup>35</sup>. Ora, não poderia ser diferente, pois o processo é pautado em valores de lealdade, isto é, “todas as pessoas devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, porém, atuando de forma leal, sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas” (PRETEL, 2009, p.98).

Além disso, para que “seja alcançado o objetivo final do processo, isto é, a prestação jurisdicional com justiça, a efetiva pacificação social, são estabelecidos direitos e deveres para as partes e para todos os demais sujeitos do processo, que devem agir de boa fé” (PRETEL, 2009, p.119).

Neste sentido, presente qualquer comportamento desviante dos valores de lealdade e probidade processual, deve o magistrado aplicar à parte as penas da litigância de má fé (previstas no artigo 18 do CPC).

Cabe, por fim, ressaltar a última causa, a mais importante: a inércia do julgador. Com efeito, é a inércia do julgador que configura a omissão inconstitucional judicial, porque é uma causa que diz respeito única e exclusivamente ao julgador, isto é, o julgador descumpre intencionalmente o dever de julgar, violando a confiança constitucional.

---

<sup>34</sup> *In verbis*: Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

<sup>35</sup> Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

#### 7.5.1.4 A polêmica envolvendo a arbitragem

Não vamos aqui discutir profundamente o tema, como sua natureza jurídica, nem a constitucionalidade do instituto, até mesmo porque este seria um assunto para um outro estudo. Iremos tratar de uma discussão estritamente pertinente ao tema: a arbitragem é causa de justificação para ausência de prestação jurisdicional?

A arbitragem é um meio alternativo de resolução dos conflitos, em que um árbitro, terceiro desinteressado escolhido pelas partes, determinará uma solução para o caso que lhe foi submetido. Note que a arbitragem é facultativa, isto é, as partes, por sua livre escolha, determinam que a resolução de seus conflitos será realizada por decisão arbitral.

Diz o artigo 267 do Código de Processo Civil que o juiz extinguirá o processo, sem resolução do mérito, pela convenção de arbitragem. Isso significa que se as partes convencionaram que determinada pendência entre elas seria solucionada por um árbitro, então o juiz estaria, a princípio, impedido de resolver o mérito de eventual litígio, já que esta é a função atribuída ao árbitro.

Neste sentido, Humberto Theodor Júnior explica que (2008, p.47) “o *juízo arbitral* (Lei nº 9.307, de 23.09.96) importa renúncia à via judiciária, confiando as partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder Judiciário”.

Como se vê, o juiz *poderá* se eximir de prestar a tutela jurisdicional quando presente a convenção de arbitragem. Entretanto, isto não configurará omissão inconstitucional, porque a parte receberá prestação de natureza decisória, não judicial, mas arbitral.

Além do mais, “a sentença arbitral, em sua substância, está no mesmo grau valorativo da sentença judicial, com todos os seus efeitos, inclusive com a proteção da *res iudicata*, com executividade plena” (GERAIGE NETO, 2003, p.64).

Ressalta-se, por fim, que a convenção de arbitragem é uma causa de justificação para ausência de prestação jurisdicional, salvo nos casos do artigo 32 da

Lei nº 9.307/96<sup>36</sup>, em que a parte prejudicada, segundo dispõe expressamente o artigo 33 da referida Lei, poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário a decretação da nulidade da sentença arbitral.

Portanto, o Poder Judiciário ainda conserva o dever de realizar a prestação jurisdicional no sentido de controle da arbitragem, quando esta estiver contaminada pelos vícios previstos no artigo 32 da Lei nº 9.307/96, ou quando “a sentença arbitral provocar lesão ou ameaça a direito”, caso em que poderá ser atacada judicialmente (GERAIGE NETO, 2003, p.64-65).

#### **7.5.1.5 Pressupostos de caracterização**

O pressuposto inicial da omissão inconstitucional judicial por denegação de justiça é o descumprimento intencional do dever de julgar, dever este que foi expressamente atribuído, pela Constituição, ao Poder Judiciário.

Como nós já vimos, há várias causas que podem levar ao descumprimento do dever de julgar, tais como o apego a conceitos jurídicos estritos que induzem a erro, com a “possibilidade jurídica do pedido”, além de motivos estruturais que causam a lentidão no julgamento dos processos, o que retarda a resposta jurisdicional a ser dada em cada caso.

É fato que ao Poder Judiciário falta estrutura para julgar a grande quantidade de processos que se observa hoje, bem como é fato que o processo é, muitas vezes, utilizado erroneamente; mas também é fato que todos os magistrados devem se empenhar na sua função de julgar.

---

<sup>36</sup> Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Veja que não estamos aqui, a falar somente das Cortes Constitucionais, mas de todos os integrantes do Poder Judiciário, já que todos os magistrados têm competência para discutir o sentido da Constituição (OMMATI, 2003, p.53).

Nesta linha, Anna Cândida da Cunha Ferraz classifica a interpretação constitucional judicial como uma espécie de mutação constitucional, já que “transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente” (1986, p.126), de modo a torná-la “um documento *vivo e efetivamente cumprido*” (1986, p.130).

Salienta a referida autora que (1986, p.127):

[...] o juiz é, a todo momento, a cada passo, solicitado a decidir questões concretas, a dirimir conflitos fundados em matéria constitucional, pelo que se debruça, de modo constante e freqüente, sobre o texto constitucional perquirindo, comparando, pesquisando, ponderando, avaliando e valorando.

E continua (1986, p.128):

Mais freqüentemente do que qualquer outro intérprete constitucional o juiz deve desentranhar o sentido da disposição constitucional com um fim mediato e imediato e aplicá-la, de forma adequada e razoável, no caso concreto. Ora, do juiz se espera justiça e no aplicar a Constituição se espera mais. Espera-se que guarde a Constituição, como Lei Suprema, que a aplique corretamente, com os olhos fixos no presente, voltados para o futuro, porém sem eliminar ou desconhecer o passado.

São essas decisões judiciais concretizadoras que reforçam a autoridade constitucional, na medida em que a tutela do direito constitucionalmente assegurado ao cidadão torna efetivo o mandamento constitucional.

Sendo assim, conforme pondera Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p.228):

O retardamento na solução desses feitos, quando é atribuível ao julgador, caracterizando o fenômeno da inércia judiciária, não pode deixar de

repercutir, de modo profundo, na vida constitucional de um Estado e sem dúvida é um dos fatores que contribuem, em alto grau, para o fenômeno que Loewenstein denominou de *erosão da consciência constitucional*.

Portanto, cabe a todos os magistrados cumprir com o seu dever de prestar a jurisdição, bem como se empenharem no julgamento dos processos, não só porque a Constituição ordena uma duração razoável dos feitos, mas porque a realização judicial do Direito é uma das formas de manter a Constituição viva e efetiva.

A omissão proposital do magistrado em relação ao seu dever de julgar, seja pela ausência de prestação jurisdicional, seja pelo retardamento intencional no julgamento do processo, configura omissão inconstitucional, já que a função que lhe foi atribuída pela Constituição não está sendo cumprida.

Outro parâmetro que deve ser levado em consideração é a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, a aquele que reclamou a prestação jurisdicional, mas que não a obteve, ou porque lhe foi negada, ou porque ainda espera por ela.

Em qualquer dos casos, os cidadãos não desfrutam dos direitos, porque estes poderiam ter sido realizados por decisão judicial, mas por inércia do julgador não o foram. O prejuízo, neste caso, é evidente, já que o magistrado teve a chance de zelar pelos direitos fundamentais do cidadão, mas se ficou inerte, razão pela qual deve ser responsável por tal prejuízo.

Ante o exposto, os pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional por denegação de justiça são:

a) descumprimento intencional do dever de julgar, constitucionalmente imposto, em razão da ausência de prestação jurisdicional, ou do retardamento desta, quando poderia ter sido realizada em prazo razoável;

b) a constatação de prejuízo, ou risco de prejuízo, aos cidadãos, em razão da ausência de prestação jurisdicional, ou da demora injustificada na sua entrega.

Analisado os pressupostos, cabe a nós, agora, analisarmos possíveis soluções para sanar os males da omissão inconstitucional judicial, em razão do seu resultado danoso.

### 7.5.1.6 Solução

A omissão inconstitucional judicial por denegação de justiça reclama uma solução diferente da que foi analisada quando do estudo da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Com efeito, não se pode constranger um magistrado a julgar, pelo fato de que o ato de julgar é fruto de uma atuação intelecto-volitiva *imparcial*, voltada para a aplicação do direito no caso concreto. Ora, se se constrangesse qualquer magistrado a julgar uma causa, contra sua vontade, é de se duvidar que ele o fará de forma imparcial, o que poderá trazer prejuízo às partes.

Entretanto, poderia se admitir, em alguns casos, a supressão da omissão judicial por parte dos demais poderes constituídos<sup>37</sup>. É claro que os demais poderes constituídos suprimiriam a omissão judicial no exercício de suas próprias funções. Ora, o exercício da jurisdição, de regra, é dever afeto única e exclusivamente aos integrantes do Poder Judiciário, legitimamente investidos no cargo, não podendo qualquer outro órgão exercê-lo.

Acontece que, “o arranjo jurídico brasileiro, porém, como o de qualquer país civilizado, oferece remédios jurídicos suficientes contra esse tipo de omissão” (CLÈVE, 2000, p.322).

Dentre os remédios jurídicos utilizados para sanar a omissão inconstitucional judicial estão os recursos e as ações autônomas de impugnação. De qualquer forma, “os mecanismos de que podem se valer as partes para impugnar uma decisão judicial são denominados pela doutrina, genericamente, de *remédios processuais*” (MEDINA; WAMBIER, 2008, p.27).

---

<sup>37</sup> Poder-se-ia admitir a supressão da omissão judicial pela atuação dos demais Poderes constituídos, quando do exercício da função que lhes foi constitucionalmente atribuída. Por exemplo, Se o Poder Judiciário se omitisse em declarar a inconstitucionalidade de determinada lei, poderia o Poder Executivo (autoridade administrativa) exercer o seu Poder de rejeição de leis inconstitucionais, já que a administração não é mera executora de dispositivos legais, cabendo a ela também, a guarda da Constituição. Para aprofundamento sobre o tema referente ao “poder de rejeição de leis inconstitucionais pela autoridade administrativa”, conferir exemplar obra de Ana Cláudia Nascimento Gomes, intitulada como “O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro”.

Neste sentido, o controle da omissão judicial, de regra, se faz pelo próprio Poder Judiciário, caso em que os Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça assumem singular relevância, pois são eles que, provocados por meio do recurso, deverão aplicar concretamente a Constituição, sanando a omissão.

Analisaremos, aqui, brevemente, somente a título de exemplo, apenas uma figura recursal, qual seja o recurso extraordinário. Trata-se de um remédio constitucional, pois, além de estar previsto constitucionalmente, tem, como um de seus fundamentos, a manutenção da autoridade constitucional.

O recurso extraordinário está previsto no artigo 102, III da Constituição Federal. Diz este dispositivo que tal remédio constitucional será julgado pelo Supremo Tribunal Federal, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional (alínea “a”).

Veja, então, que o Supremo Tribunal Federal, desempenha sua função de guarda da Constituição também quando julga o recurso extraordinário, já que pode determinar a correção da decisão recorrida, fazendo-a se conformar com a Constituição.

É neste sentido que, presente a omissão inconstitucional judicial na decisão recorrida, o Supremo Tribunal Federal, por meio do recurso extraordinário, poderá saná-la, determinando que a devida correção seja feita.

Ressalta-se, por fim, que em relação ao recurso extraordinário, exige-se, para o seu conhecimento, que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (artigo 102, §3º da Constituição Federal). Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (artigo 543-A do Código de Processo Civil).

Além dos recursos, anota-se também a existência dos sucedâneos recursais que “são mecanismos processuais que, a despeito de não terem sido *criados legislativamente* como um recurso, fazem as vezes deste. Tal ocorre, por

exemplo, com o pedido de reconsideração e a correção parcial” (MEDINA; WAMBIER, 2008, p.31).

Segundo José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p.31):

O mandado de segurança é freqüentemente designado também como um sucedâneo recursal, isto é, como medida que, embora não prevista em lei *como um recurso*, acaba sendo utilizada como se recurso fosse. Assim, o mandado de segurança é empregado como verdadeiro sucedâneo recursal quando voltado a suprir a *falta* de um recurso no sistema ou a *inoperatividade* do recurso cabível.

Segundo dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXIX, caberá mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Se o dispositivo diz que cabe mandado de segurança contra ato de autoridade pública, então se chega à conclusão de que “é cabível mandado de segurança contra os atos praticados pelo juiz” (MEDINA; WAMBIER, 2008, p.252), ainda mais quando sua decisão viola diretamente a Constituição Federal, quando, por exemplo, deixa de prestar a jurisdição.

Admite-se, especialmente, a utilização deste remédio constitucional contra atos judiciais quando não se admite recurso contra o pronunciamento judicial que se quer atacar (irrecorribilidade do pronunciamento judicial), ou quando o recurso previsto não é apto a afastar danos irreparáveis (MEDINA; WAMBIER, 2008, p.252-253).

Por fim, note-se que, aqui, estamos tratando da omissão inconstitucional judicial efetiva, isto é, aquela causada pelo próprio magistrado. Não estamos a estudar profundamente as outras causas, como a falta de estrutura, de investimento, etc. É por esta razão que mecanismos de solução da morosidade judiciária, como, por exemplo, o projeto de digitalização do Superior Tribunal de

Justiça e as inovações legislativas (tais como o instituto da repercussão geral no recurso extraordinário) não serão aqui analisados.

Veja que não estamos a defender que a morosidade na prestação judicial por ausência de estrutura, investimento, repasse de verba, dentre outras causas, não seja importante e digna de análise. Acontece que, neste caso, de regra, a denegação da justiça não pode ser imputada ao magistrado, mas sim ao Estado como um todo, já que este deve fornecer subsídios suficientes para que o Poder Judiciário, como parte integrante daquele, no exercício de uma de suas funções soberanas, possa atuar. Além do que, tal análise destoaria do objetivo deste trabalho.

### **7.5.2 Omissão inconstitucional judicial pelo descumprimento do dever de fiscalização**

Veja que, seguindo o raciocínio anteriormente desenvolvido, quando nos referimos ao “dever de fiscalização”, estamos a empregar a expressão com significado amplo, no sentido de fiscalização do cumprimento e observância dos preceitos constitucionais, já que este dever é necessário à manutenção da ordem constitucional e é imputado a todos os integrantes do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário também incorre em omissão inconstitucional pelo descumprimento do dever de fiscalização dos demais poderes constituídos e órgãos do Estado.

Com efeito, a ordem constitucional preleciona expressamente, em seu artigo 102, que ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição. Além disso, todos os integrantes do Poder Judiciário têm a missão de fazer aplicar a Constituição ao caso concreto.

Assim, ao Poder Judiciário foi confiada a guarda de todo o ordenamento jurídico, bem como da própria Constituição, o que se confirma pela

regra da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Isto significa que o Poder Judiciário deverá promover o regular cumprimento da Constituição, quando legitimamente provocado pelos cidadãos, ainda que isso signifique impor medidas de restrição aos demais poderes constituídos.

Veja que o cumprimento do dever de fiscalização, confiado pela Constituição ao Judiciário, é condição imprescindível a evitar a usurpação de poder e a tirania, bem como contribuir para o desenvolvimento e a manutenção de nossa sociedade democrática. Com efeito, como afirmado outrora, hoje, o efetivo cumprimento do papel jurisdicional é promover cidadania.

Sendo assim, o descumprimento deste dever de fiscalização, por meio da adoção de um comportamento inerte, revela-se contrário aos interesses da Constituição e da própria sociedade, caracterizando-se como inconstitucional.

Portanto, o Poder Judiciário não pode permanecer inerte diante de qualquer violação que a Constituição venha a sofrer, porque tem o dever de protegê-la, para que a democracia e o Estado de Direito sejam preservados. Dessa forma, O descumprimento do dever de guarda da Constituição se revela manifestamente inconstitucional.

#### **7.5.2.1 Pressupostos de caracterização**

Os pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional executiva, pelo descumprimento do dever de fiscalização são:

a) dever geral de controle dos demais órgãos do Estado, consubstanciado na fiscalização do cumprimento, observância, efetivação e integridade dos preceitos constitucionais;

b) a existência de um ato, ou comportamento, de tirania, ou abuso de poder, dirigido a fraudar, destruir ou impedir a concretização dos preceitos constitucionais, especialmente daqueles que se referem aos direitos e garantias fundamentais dos governados.

Veja que, aqui, não enumeramos o prejuízo como pressuposto desta modalidade de omissão. Isso porque, quando se atenta contra a ordem constitucional, compromete-se a própria integridade do Estado de Direito (Constitucional) a qual cabia ao Poder Judiciário a sua guarda.

O ato atentatório à dignidade constitucional deveria ter sido combatido no momento em que foi praticado, mas não o foi, razão pela qual a omissão se observa a partir daquele exato momento. Neste caso, a existência do prejuízo é evidente e o Poder Judiciário se torna solidariamente responsável por esta lesão, em razão de sua inércia.

### **7.5.2.2 Solução**

O dever de fiscalização é necessário a manter a integridade constitucional, bem como os valores que a compõem. Sendo assim, o dever de fiscalização é contra-autoritário, pois se manifesta como uma forma de controle contra atos de juridicidade duvidosa.

Nesse sentido, o Poder Judiciário, como guardião de direitos fundamentais do cidadão, deve sempre realizar o controle dos demais órgãos do Estado, a fim de que a ordem constitucional permaneça juridicamente hígida.

Além do mais, a jurisdição é inerte, isto é, somente atua mediante provocação. Assim, para que exerça o seu dever de fiscalização, o Poder Judiciário deve ter sido provocado pelos cidadãos, mediante ação.

É por esta exata razão que não se pode defender o constrangimento do Poder Judiciário em exercer o seu papel de fiscalização, não porque é inerte, mas

porque se foi legitimamente instado a realizar o controle, mas não o fez, então deixou de ser uma instância de salvaguarda de direitos. Ora, ou o agente constitucional decide por cumprir o seu papel constitucional-democrático de fiscalização ou cede à passividade inconstitucional, compactuando com a inconstitucionalidade que deveria ter freado.

Portanto, assim como defendido em relação à omissão do legislador, bem como à omissão do executivo, a única solução possível é que outro órgão do Estado assuma temporariamente esta função, numa espécie de legitimação extraordinária, evitando o colapso do sistema jurídico e da supremacia democrático-constitucional da ordem constituída.

## 8 CONCLUSÃO

A nossa Constituição Federal de 1988 é uma Constituição dirigente, garantia, bem como analítica. Isso significa que a nossa carta constitucional apresenta uma grande quantidade de normas, sendo uma boa parte delas de eficácia limitada, dentre as quais se observam as normas constitucionais programáticas.

Essa natureza aberta da Constituição, bem como de suas normas, faz com que a efetiva concretização dos preceitos constitucionais dependa, algumas vezes, da intermediação material dos poderes constituídos eletivos, por exemplo, por meio de criação de normas ou promoção de políticas públicas.

Neste sentido, durante muito tempo defendeu-se que sem esta intermediação material a Constituição não poderia ser concretamente aplicada. Dizia-se que estas normas constitucionais dependentes de regulamentação apenas teriam eficácia negativa, isto é, impediriam a criação de legislação infraconstitucional que as contrariassem.

Visando romper com esse paradigma, buscamos, durante todo esse trabalho, criar uma cuidadosa teoria de justificação e de legitimação, para que o Poder Judiciário possa concretizar tais normas, sempre tendo em vista a força normativa suprema da Constituição.

Veja, dizer que uma norma constitucional tem eficácia negativa é redundância, pois a eficácia negativa das normas constitucionais deriva do simples fato de elas integrarem o corpo constitucional. Sendo assim, a eficácia negativa não é nenhum avanço, mas sim a afirmação de algo evidente.

Buscando-se a criação de um novo paradigma teórico, apresentamos, nos primeiros capítulos, especificamente quando tratamos da validade constitucional, o primeiro grande pilar da teoria de justificação desenvolvida neste trabalho, qual seja, o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição.

Ora, o principal efeito que irradia da Constituição é o seu poder de constrangimento compatibilizador, no sentido de que todo fenômeno jurídico, caracterizado por ação ou omissão, deve se conformar com a Constituição, sob pena de ser constrangido por esta a se orientar de acordo com os seus preceitos.

Note, então, que o poder de constrangimento compatibilizador deriva diretamente da supremacia constitucional, isto é, de sua normatividade máxima. Sendo assim, todo fenômeno, que se observe na ordem jurídica comandada pela Constituição, deve se conformar com os seus preceitos, sob pena de constrangimento.

Em outras palavras, é em razão desse poder de constrangimento compatibilizador, corolário da normatividade máxima da Constituição, que podemos afirmar que todas as normas constitucionais são potencialmente concretizáveis, mesmo as programáticas, porque sua aplicação é determinada pela própria Constituição. Neste sentido, os poderes responsáveis pela aplicação de tais normas o devem fazer, sob pena de conformação constitucional.

Analisando a separação dos poderes segundo os modelos de Estado Liberal, Social, bem como no Estado Constitucional, demonstramos que a atuação judiciária concretizadora, na verdade, é uma exigência do atual modelo de Estado em que vivemos, tornando o Poder Judiciário agente responsável pela promoção da cidadania.

Ainda, desmistificamos o dogma da separação dos poderes, demonstrando que nada pode ser opor à supremacia constitucional, principalmente o dogma em epígrafe, pois a separação dos poderes foi concebida como limitação ao abuso de poder, e não como justificativa do mesmo.

Além disso, a Constituição Federal assegurou ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e ao Poder Judiciário, como um todo, o dever de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, não podendo a lei afastar tal controle. Dessa forma, o Poder Judiciário foi erigido à condição de protetor do sistema jurídico e dos cidadãos, o que significa que o Poder Judiciário tem o dever de proteger o cidadão até mesmo contra as investidas abusivas do Estado.

O controle judicial das omissões inconstitucionais se enquadra nesta verdadeira função de defesa exercida pelo Poder Judiciário. Sendo assim, provocado a se manifestar sobre a aplicação de determinada norma carente de regulamentação, o Poder Judiciário deve determinar a sua aplicação, pois estará representando a própria voz da Constituição.

Prosseguindo, restou demonstrado a legitimidade democrática do Poder Judiciário em realizar o controle judicial das omissões inconstitucionais. Ora, a legitimidade para a realização da função de controle deriva da própria Constituição, expressão máxima do Poder Constituinte Originário.

Ainda, analisando a legitimidade democrática do Poder Judiciário, apresentamos o segundo pilar de nossa teoria de justificação, qual seja o movimento inter-institucional de funções.

É certo que os poderes eletivos possuem certa liberdade no exercício de suas funções, mas também é certo que eles não podem se furtar a cumprir os comandos constitucionais. Neste sentido, quando os poderes constituídos eletivos se quedam inerte no cumprimento das determinações constitucionais, uma anomalia sistêmica se observa, porque a aplicação da Constituição fica prejudicada por tal inércia.

Neste cenário, visando dar estrito cumprimento às normas constitucionais, o Poder Judiciário, em razão de um movimento inter-institucional de funções, assume temporariamente a função dos demais poderes, concretizando materialmente as normas constitucionais.

Note que o movimento inter-institucional de funções confere legitimidade extraordinária ao Poder Judiciário pois este, em razão de uma anomalia sistêmica, assume, de forma temporária, a função dos demais poderes constituídos, em razão da inércia destes, sempre com a única e exclusiva finalidade de conferir aplicação aos preceitos constitucionais.

Esta atuação judicial concretizadora contribui para o desenvolvimento da cidadania, bem como para a manutenção do Estado Democrático de Direito, cuja base, fundamento, é o próprio texto constitucional.

Entretanto, esse pressuposto de legitimação extraordinária é vinculado ao terceiro pilar de fundamentação de nossa teoria, qual seja a prevalência e proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Com efeito, o ativismo judicial, fenômeno característico da atuação judicial concretizadora, somente se legitima pelo objetivo incondicional de concretizar direitos fundamentais.

Dessa forma, não se poderia conceber qualquer outro objetivo ou finalidade à atuação judicial, estando sua legitimação democrática condicionada única e exclusivamente à efetivação dos direitos fundamentais do cidadão.

Portanto, conjugando-se o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, o movimento inter-institucional de funções, bem como a prevalência dos direitos fundamentais, está construída a nossa teoria de legitimação da atuação judicial concretizadora.

Veja que toda essa teoria de justificação e legitimação tem um objetivo, qual seja permitir o controle judicial das omissões inconstitucionais. É por isso que, no último capítulo, analisamos cuidadosamente cada tipo de omissão inconstitucional, de modo a apresentar uma solução que fosse viável e satisfatória para supri-las.

Neste sentido, quando tratamos das omissões inconstitucionais executiva e legislativa, trabalhamos, principalmente, com o constrangimento do agente constitucionalmente obrigado e a supressão judicial da omissão inconstitucional.

Pelo constrangimento do agente constitucionalmente obrigado, o Poder Judiciário, instrumentalizando o poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, determina que o agente omissor cumpra o dever que lhe foi imposto constitucionalmente.

Por outro lado, pela supressão judicial da omissão inconstitucional, o Poder Judiciário, no exercício de suas funções, em razão de uma legitimação extraordinária conferida pelo movimento inter-institucional de funções, por meio de uma decisão judicial concretizadora, reproduz os mesmos efeitos que a atuação do poder inerte geraria.

Portanto, a teoria desenvolvida durante todo o trabalho, que tem como base os três pilares fundamentais já citados, permite ao Poder Judiciário, na instrumentalização do poder de constrangimento compatibilizador da Constituição, determinar que o agente constitucionalmente obrigado cumpra a norma constitucional ou, em razão de um movimento inter-institucional de funções, suprimir a omissão inconstitucional.

Veja que, em qualquer dos casos, não se desrespeita o chamado “princípio” da separação dos poderes, até mesmo porque a doutrina da separação dos poderes foi criada e desenvolvida como forma de limitação ao abuso de poder, e não para justificá-lo.

Note, também, que o Poder Judiciário tem legitimidade democrática suficiente para realizar tal controle. Tal legitimidade democrática do Poder Judiciário tem como principais fontes a Constituição, o neoconstitucionalismo, a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a necessidade de provocação, a criação do direito pela interpretação judicial, o modo de escolha dos juízes, bem como suas garantias e os precedentes judiciais.

Frisou-se, em relação à necessidade de provocação, a atuação democrática do Ministério Público. Ora, se o Ministério Público se revela instituição essencial ao Estado Democrático de Direito, então a sua provocação legítima a resposta judicial concretizadora.

Além do mais, a atuação judicial concretizadora não tem por função implantar a ditadura do Poder Judiciário, mas apenas concretizar direitos fundamentais. É por isso que várias são as formas de controle da atividade jurisdicional, tais como a publicidade dos atos processuais, motivação das decisões judiciais, a ética judicial, etc.

Portanto, o Poder Judiciário não só pode, como também deve realizar o controle das omissões inconstitucionais, determinando a efetiva aplicação da Constituição. Se assim não proceder, estará incorrendo em perversa omissão inconstitucional, porque quando a Constituição mais precisou de seu cavaleiro, este resolveu, ao invés de salvá-la, quedar-se inerte, escondendo-se atrás de dogmas infundados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Antonio Armando dos. **Judiciário deve suprir faltas do legislativo**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-12/judiciario-agir-suprir-faltas-conter-excessos-legislativo>> Acesso em: 20 outubro 2009.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2 ed. rev.; Bauru, São Paulo, Edipro, 2009.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais inconstitucionais?**. Tradução e nota prévia de José M. Cardoso da Costa; São Paulo, Almedina, 2009.

BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. 3 ed.; Campinas, Russell, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 09 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

BASTOS, Celso; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo, Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23 ed. ampl. e atual.; São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. rev e ampl.; São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição do Império de 1824**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 04 de fevereiro de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 764.085-PR. Relator: Ministro Humberto Martins. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, DJ: 29/04/2010, julgado em 1º/12/2009**. Disponível em: [http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/creche%20-%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel%20-%20STJ%202010.pdf](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/creche%20-%20tese%20reserva%20do%20poss%C3%ADvel%20-%20STJ%202010.pdf)> Acesso em: 18 de julho de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 820.475 - RJ (2006/0034525-4), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Decisão por maioria e nos termos do voto do relator. Brasília, DJe: 06/10/2008, julgado em 02/09/2008**. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/dl/uniao\\_homossexual.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/uniao_homossexual.pdf)> Acesso em: 25 de julho de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.185.474-SC. Relator: Ministro Humberto Martins. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Brasília, DJ: 29/04/2010, julgado em 20/4/2010**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=964063&nreg=201000486284&dt=20100429&formato=HTML>> Acesso em: 18 de julho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1698. Relator: Ministra Carmem Lúcia. Decisão por maioria e nos termos do voto da relatora. Brasília, 25.02.2010. DJ de 16.04.2010**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1698&processo=1698>> Acesso em: 22 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Estatísticas: há menos de 100 mil processos em tramitação hoje no Supremo**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=123176>> Acesso em: 25 de julho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Ministro Gilmar Mendes fala sobre o direito à saúde em conferência nos EUA**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122593>> Acesso em: 27 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125>> Acesso em 20 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Rejeitada ADI ajuizada em 1997 pelo PT, PC do B e PDT por suposta omissão do governo na área da educação.**

Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120765> Acesso em: 27 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: 25 anos de redemocratização: estabilidade política garantida pela Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=118798>. Acessado em: 30 de janeiro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Parecer do Procurador geral da República, Geraldo Brindeiro, na ADI 1698.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1686912>> Acesso em 13 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Peça inicial da ADI 1698.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=490838&tipo=TP&descricao=A DI%2F1698>> Acesso em: 14 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4/0000-00 – Itaporã. Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes. Decisão por unanimidade e nos termos do voto do relator. Campo Grande, 26.09.2007).** Disponível em:

<<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>> Acesso em: 11 de julho de 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6 ed.; Coimbra, Livraria Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** Revista dos Tribunais. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 3, abr-jun 1993, p.120-135.

CIANCIARDO, Juan; ... [et. al.]. **La interpretación en la era del neoconstitucionalismo.** 1 ed.; Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. **Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem.** Porto Alegre, Síntese, 1999.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Uma Deusa chamada Justiça.** São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.** São Paulo, Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição: Do Controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional.** 2 ed.; rev. e ampl.; Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DANTAS, Ivo; LACERDA, Rafaella Maria Chiappetta de. **Teoria da Inconstitucionalidade: Norma Constitucional Inconstitucional: Coisa Julgada Inconstitucional.** São Paulo, LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 18 ed. rev. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada.** 11 ed. adaptada à Lei n. 10.406; São Paulo, Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Norma Constitucional e seus efeitos**. 6 ed. atual.; São Paulo, Saraiva, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Normas Constitucionais pragmáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. 1 ed.; Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol I, 2 ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Saraiva, 2002.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas**. 2 ed.; Rio de Janeiro, Revan, 2001.

GARCIA, Emerson. **Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais**. Disponível em: <[www.justitia.com.br/links/artigos2.php](http://www.justitia.com.br/links/artigos2.php)> Acesso em: 14 de julho de 2010.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil: direito fundamental**. 2ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa: o Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O Valor Positivo do Acto Inconstitucional.** Lisboa, Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituinte e a Constituição que teremos.** São Paulo: RT, 1985.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** Vol I, 17 ed.; São Paulo, Saraiva, 2003.

GRILLO, Vera de Araujo. **A separação dos poderes no Brasil: legislativo X executivo.** Blumenau, Editora da FURB; Itajaí, Editora da UNIVALI, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769506.PDF>> Acesso em: 31 de janeiro de 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Belo Horizonte, Editora Líder, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** 2 ed.; São Paulo, Martins Fontes, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** [tradução João Baptista Machado]. 6 ed.; São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LEMOS, Rafael Cavalcanti. **Redução de possibilidade jurídica pelo Supremo Tribunal Federal de pedido em mandado de injunção: denegação de justiça e inefetividade constitucional.** Disponível em: <<http://archiv.jura.uni-sb.de/portugues/biblioteca/Lemos.html>> Acesso em: 25 de julho de 2010.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 4 ed.; Bragança Paulista, Editora Universitária São Francisco; Petrópolis, Vozes, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 09 de novembro de 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. 3 ed.; São Paulo, Saraiva, 2009.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado: uma introdução crítica ao Estado Democrático Liberal (notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista)**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. Vol II, 2ª tiragem; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed., rev e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso de. **Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45-9**. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343\\_204%20ADPF%202045.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf)> Acesso em: 18 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento nº 788.876 – Minas Gerais**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP-TP&docID=53855&ad=s>> Acessado em: 21 de abril de 2010.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Celso de Mello no recurso extraordinário 482.611 Santa Catarina**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>> Acessado em: 21 de abril de 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O acesso à justiça e as condições da ação.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. [CustosLegis]. Ano I, Número 1, 2009. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Mendes%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Mendes%2001.pdf)> Acesso em: 25 de julho de 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso proferido por Gilmar Mendes na abertura da Conferência sobre Judiciário e Direito à Saúde, sediada em Princeton, Estados Unidos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/discursoPrinceton.pdf>> Acesso em: 14 de abril de 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 5 ed.; São Paulo, Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido em sede de agravo regimental interposto pela União, contra a decisão da Presidência do STF, na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada, formulado pela União.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>> Acesso em: 13 de abril de 2010.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. **Jurisdição, Ação e Processo à luz da processualística moderna. Para onde caminha o processo?.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 25 de julho de 2010.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** Vol. I; São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes.** 9 ed.; São Paulo, Saraiva, 2008.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21 ed.; São Paulo, Atlas, 2007.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro, DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ... [et. al.]. **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição.** São Paulo, Revista dos Tribunais; Coimbra, Editora Coimbra, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

PACHECO, Marcos. **Prática legislativa e justiça social: uma busca de sentido ideológico para a ação política.** São Luís, Lithograf, 1998.

PANCOTTI, José Antonio. **Voto do Desembargador José Antonio Pancotti, integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, relator do dissídio coletivo nº 00309-2009-000-15-00-4.** Disponível em: <<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/wPesquisaJurisprudencia>> Acessado em: 1º de maio de 2010.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável.** Belo Horizonte, Fórum, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** 2 ed. rev., ampl. e atual.; São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro.** Porto Alegre, Núria Fabris, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. **Omissões Normativas.** Rio de Janeiro, Impetus, 2003.

ROSA, André Vicente Pires Rosa. **Las Omisiones Legislativas y su Control Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito: A perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

SALES, Lília Maia de Moraes; LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; ... [et. al]. **Constituição, Democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed.; São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed., rev. e atual.; São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. Belo Horizonte, Del Rey, 1999.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2 ed.; São Paulo, Saraiva, 2009.

SOTERO, Luís Carlos Cândido Martins. **Decisão do Desembargador Luís Carlos Cândido Martins Sotero, à época Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª região, proferido em sede do dissídio coletivo nº 00309-2009-000-15-00-4**. Disponível em: <<http://www.sindmetalsjc.org.br/cont/liminar-trt.pdf>> Acessado em: 1º de maio de 2010.

SOUSA, Leomar Barros Amorim de. **A Produção Normativa do Poder Executivo: medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos**. Brasília, Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: RT, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto de. **O Supremo Tribunal Federal e as questões jurídicas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas.** Porto Alegre, Síntese, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes.** São Paulo, Memória Jurídica Editora, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 5 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Forense, Universitária, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Vol. 1, 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.