

A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NAS NORMAS PROGRAMÁTICAS E A NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

João Luis Santos Palomo FERREIRA¹
Cláudio José Palma SANCHES²

RESUMO: O presente artigo busca denotar a necessidade do ativismo judicial para concretizar a Constituição Federal de 1988 que segue a quase três décadas incompleta. Isto consiste em um desrespeito a norma superior de nosso ordenamento jurídico, com os possuidores originais de competência da regulamentação optando pelo silêncio e inércia resta ao Poder Judiciário agir através do Supremo Tribunal Federal que é o guardião da constituição para garantir que a mesma seja respeitada e assim os cidadãos por ela representados igualmente sejam respeitados. Este agir de forma ativa do Judiciário possui críticos e defensores, pois teme-se que o Poder Judiciário ultrapasse os seus limites instituídos pela tripartição de poderes atuando em políticas públicas tratadas em normas programáticas, cujas quais necessitam de regulamentação para produzir os seus efeitos. Mas igualmente grande é o risco que correm os cidadãos ao terem normas programáticas de direitos e garantias fundamentais não regulamentadas devido a omissões constitucionais e assim ficarem expostos a violação de seus direitos pois os mesmos não estarão assegurados pela norma já que a mesma não está regulamentada. Assim é imprescindível que a constituição e os direitos e garantias fundamentais sejam respeitados para que haja o pleno funcionamento do Estado de Direito.

Palavras-chave: Constituição Federal. Normas Programáticas. Ativismo Judicial. Omissão Inconstitucional. Poder Legislativo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorreu sobre a ocorrência de omissão inconstitucional cometida pelo Poder Público, com destaque para as omissões inconstitucionais cometidas pelo Poder Legislativo e os instrumentos pelos quais o Poder Judiciário atuara no combate as omissões constitucionais. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e estrangeira. Também buscou-se suporte na jurisprudência para demonstrar a problemática, utilizando para tanto os métodos dedutivo e indutivo.

¹ Discente do 1º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail@.....

² Docente do curso de direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em pelas Faculdades..... e-mail@..... Orientador do trabalho.

O assunto abordado requer atenção de toda a sociedade pois o mesmo envolve questões sobre descumprimento da Constituição Federal, o balanceamento de competências na tripartição dos poderes da união, a necessidade de regulamentação das normas programáticas e o cumprimento da aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, questões estas que não podem ser ignoradas pois influenciam diretamente no cotidiano e futuro do povo Brasileiro.

A ainda jovem democracia exige respeito ao que está escrito na Lei Maior, principalmente após o período ditatorial pelo qual a sociedade brasileira passou, quando os direitos eram ignorados. Sendo assim é de extrema importância a concretização da Constituição Federal, fundamental para o pleno funcionamento do Estado de Direito, sendo indispensável o combate as omissões constitucionais para garantir os direitos e garantias fundamentais e a prevalência da soberania nacional.

2 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DIRIGENTE DE 1988

A atual Lei Maior brasileira surge no período pós ditadura militar(1964-1985) a Constituição Federal de 1988, oriunda de uma Assembleia Nacional Constituinte. Veio depois de um período que foi marcado pelo desrespeito dos governos militares as leis por meio de Ato Institucionais, sendo o último destes o AI 5 o mais rígido que trouxe medidas como a cassação de direitos políticos e a suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República. Sua origem é democrática por meio da sua promulgação, mas apresenta outras importantes

características como sua forma analítica, sua elaboração dogmática e sua estabilidade rígida.

José Afonso da Silva (2010, p.492) aponta que a constituição federal de 1988 é:

A constituição cidadã na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

Ela veio para dar início à redemocratização do Brasil, trazendo uma longa “Carta de Direitos” que está inicialmente no seu artigo 5º que em seu § 2º é definido que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais que foram ratificados, por isto ela possui um rol exemplificativo. Também no artigo 5º. § 1º é definido que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata. No Poder Judiciário trouxe importantes mudanças como o Supremo Tribunal Federal passando a possuir capacidade de produzir sumulas vinculantes. Uma grande missão foi designada no dia 5 de outubro de 1988 para a nossa atual constituição vigente que busca garantir e preservar a dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos brasileiros após um longo período de 21 anos de atrocidades cometidas contra a democracia e aos direitos humanos.

A constituição vigente também pode ser classificada de dirigente de acordo com a doutrina do português José Joaquim Gomes Canotilho em sua obra Constituição dirigente e vinculação do legislador (1982). Ela é nomeada com o título de dirigente, pois de acordo com o autor, a constituição não seria só uma garantia para o existente, mas também para o futuro, pois há a necessidade de evoluir, caminhar com o tempo, por meio de normas que direcionam as políticas públicas.

A constituição é composta por normas que podem ser classificadas como de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, sendo estas últimas divididas em dois grupos: princípio programático e princípio institutivo. É necessário que elas tenham a capacidade de reger fatos em casos concretos; no entanto juridicamente é necessário para que ela tenha aplicabilidade que seja legítima, vigente e que tenha eficácia.

A eficácia destas normas consiste na sua capacidade em produzir efeitos e estes podem ser divididos em sociais e jurídicos. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p. 49) definem que a efetividade social, “designa o fenômeno da concreta observância da norma no meio social que pretende regular.” Existe a eficácia social quando a norma atende a necessidade do povo e este a aceita. Já a eficácia jurídica é a capacidade de produzir efeitos jurídicos. Michel Temer (2008, p.25) leciona que a norma “já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.” Ou seja as normas constitucionais servem de interpretação para as normas infraconstitucionais e podem ocasionar na revogação das mesmas por inconstitucionalidade.

As normas de eficácia limitada ou programáticas, são as que quando promulgadas não são capazes de produzir todos os seus efeitos pois são normas sujeitas a regulamentação, sendo necessária uma futura ação dos legisladores que possuem o dever de as regulamentar para assim adquirirem aplicabilidade integral.

2.1 Omissões inconstitucionais e Ativismo judicial

A Constituição de 1988 instituiu importantes vetores que deveriam balizar as diversas políticas públicas, que deviam, necessariamente, ser implementadas com o objetivo de assegurar os direitos e o bem estar dos cidadãos brasileiros. Nosso texto constitucional estava repleto de normas programáticas, com 352 no total, das quais 142 necessitam de regulamentação, destas 78 ainda não possuem nenhuma preposição ainda. Referente aos direitos e garantias fundamentais há 17 dispositivos constitucionais não regulamentados ainda, sendo intolerável que a norma maior do ordenamento jurídico garantidora dos direitos e garantias fundamentais esteja incompleta deixando os direitos dos cidadãos expostos a violações.

Norberto Bobbio (1992, p. 25) já afirmava que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.” Nossa Constituição Federal ainda necessita ser

concretizada, com o povo brasileiro necessitando de completude, pois há um dever previsível para o Congresso que já dura 27 anos.

A omissão inconstitucional pode ser feita pelo Executivo ou Legislativo, com o ultimo destes sendo o responsável na maioria dos caos, pois é sua função típica a elaboração e regulamentação das leis. No Brasil a existência de uma inércia em cumprir sua obrigação por parte do poder Legislativo e conseqüentemente uma negligencia para com o povo é incontestável mediante a realidade dos fatos que os brasileiros vivenciam há 27 anos, que sofremos uma omissão inconstitucional por parte dos legisladores. Mas existem dois mecanismos para o combate as omissões inconstitucionais que são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que pelo os quais o Poder Judiciário vem por meio do Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição Federal agir de forma ativa para garantir que a mesma não seja prejudicada. Está posição ativa se tornou conhecida como ativismo judicial pois o Poder Judiciário irá fazer o trabalho que era obrigação do Legislativo e o mesmo não o fez.

Carolina Estrela de Oliveira Sacchi (2011, p.40), explica:

O ativismo judicial consiste no fato do magistrado assumir uma posição ativista no processo judicial, ampliando sua função jurisdicional. No presente estudo, o ativismo judicial consiste no Poder Judiciário agir para concretizar a Constituição Federal sem, contudo, tomar o papel do Poder Legislativo, o grande responsável em conferir eficácia plena às normas constitucionais.

Isto é o sistema de freios e contrapesos (checks and balances) em ação, originalmente formulado pela política norte americana e presente na política brasileira como consta-se esta ideia no artigo 2º da Constituição Federal, pois os poderes da união serão independentes e harmônicos entre si por meio do exercício de funções típicas e atípicas entre os mesmos. O ativismo judicial é a interação entre os poderes da união que frente a situações como esta visam regular-se e o judiciário por meio deste ativismo está garantindo o cumprimento da norma suprema.

2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção

Tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de Injunção são mecanismos regulamentados constitucionalmente com o objetivo de combate e controle das omissões inconstitucionais. São os remédios do controle da omissão, sendo um difuso disponível para as pessoas, enquanto que a ADINO é parte do controle concentrado feito diretamente no Supremo. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão são previstos quem poderá propor tal medida no artigo 103 da Constituição Federal.

José Afonso da Silva (2010, p. 56) define a natureza da medida considerando que:

Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a este reconhecimento, mas não é meramente declaratório, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão.

A medida consiste em uma sentença com caráter mandamental e declaratório que a ordem emitida por ela é encaminhada ao poder autor da omissão inconstitucional, possuindo um prazo estipulado para que este regulamente a norma constitucional e de assim a ela plena eficácia para que possa produzir seus efeitos. Mas há uma grande dificuldade para que as Omissões feitas pelo Poder Legislativo sejam resolvidas através desta medida devido ao princípio da separação dos poderes e da autonomia possuída pelo legislador de maneira que os legisladores não estão obrigados a legislar em razão de ordem judicial, é necessária a vontade dos legisladores em cumprir a medida e sem a mesma a situação não altera-se.

Com o objetivo de resolver o problema da atitude esquiva do Legislativo em cumprir a sentença citada no parágrafo anterior existe um remédio constitucional prescrito no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal. Citado artigo define:

Art. 5º, LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O mandado de injunção não é igual à Ação de inconstitucionalidade por omissão como explica José Afonso da Silva (2010, p. 450) que:

O mandado de injunção tem, portanto por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.

A função do mandado de injunção é a aplicação imediata da norma, ocorrendo a concretização do direito que foi assegurado ao cidadão na norma. A criação deste remédio constitucional tem inspiração também em um remédio, só que pertencente ao direito norte americano nomeado como writ of injunction, pode-se dizer também que ele é garantidor e assegurador dos direitos do povo. O instrumento também tem origem no princípio de aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5º. § 1º o que reafirma sua função de produzir a concretização de direitos inviabilizados por omissão dos legisladores e também o dever de assegurar o que é previsto neste referido artigo e parágrafo seja cumprido.

Há uma divergência de opiniões quanto a finalidade do mandado de injunção, se destacando duas posições que podem ser chamadas de concretista e não concretista. A não concretista afirma que o Poder Judiciário deve apenas notificar o Poder Legislativo da omissão inconstitucional intimando-o a regulamentar a norma programática. Mas se esta fosse a finalidade ela seria meramente declaratória, sendo igual ao outro instrumento que é ação de inconstitucionalidade por omissão. Já a concretista possui uma finalidade assecuratória pois através do mandado de injunção o Poder Judiciário não apenas declara a omissão inconstitucional mas age regulamentando a norma necessitada de regulamentação como explica Alexandre de Moraes (2011, p. 188) que:

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e

implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

Mandado de Injunção somente aplica-se nas normas de eficácia limitada, pois estas possuem necessidade de uma integração normativa. O seu alcance é mais restrito, pois no texto constitucional são assegurados os direitos constitucionais que podem ser de espécie individual, coletivo, político e social, estando estes sem regulamentação. Para a aplicação de mandado de injunção é necessária uma relação de causalidade entre omissão do Poder Legislativo e inviabilidade do exercício de direito constitucional, é necessário então para que haja impetração o exercício de direito constitucional deve ser inviabilizado por falta de regulamentação de norma programática.

A competência do mandado de injunção é prevista pela Constituição Federal no artigo 102, inciso I, “q”, inciso II, “a”, artigo 105, inciso I, “h” e artigo 121, § 4º. Nos artigos acima citados a constituição concentrou a competência do mandado de injunção nos tribunais superiores para que conflitos sejam evitados na concretização das normas programáticas realizadas pelo Poder Judiciário.

3 CONCLUSÕES

É inegável a necessidade do ativismo judicial e das medidas utilizadas por ele no combate as omissões inconstitucionais. Pois como a omissão prevista no Código Penal como crime pelo fato da mesma gerar resultados danosos a sociedade, a omissão tida como inconstitucional praticada pelo Poder Público também gera resultados danosos tanto para com a Constituição como para a própria sociedade. Este estado de inércia consistente em um não fazer por parte dos representantes do povo e é absolutamente negligente. Resta indagar este não fazer consiste de uma vontade intencional ou não?

Mas correto é considerar o ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário uma medida possuidora tanto de caráter emergencial como de temporário, pois há uma linha que separa o direito e a política cujo o ativismo judicial deve permanecer dentro das delimitações do direito visando a harmonia e estabilidade dos poderes tripartidos. O ativismo judicial é usado como meio regulador para garantir o cumprimento da norma maior e cumprir-se o efetivo funcionamento do Estado de Direito, mas é inaceitável um constante estado de debilidade do Poder Legislativo por meio de inércia e negligencia, valendo ressaltar que esta omissão prejudica diretamente o Poder Executivo e o Poder Judiciário, pois as ações dos legisladores são fundamentais para o pleno exercício dos outros dois poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Lisboa, 1982.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SACCHI, Carolina Estrela de Oliveira. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção sob a perspectiva do Ativismo Judicial**. Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

TEMER, Michel. **Elementos do Direito Constitucional**. 22^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.