



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO)**

**DEJAIR DOS ANJOS SANTANA JÚNIOR**

**O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS À LUZ DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS NOVAS TENDÊNCIAS  
HERMENÊUTICAS**

Salvador  
2011

**DEJAIR DOS ANJOS SANTANA JÚNIOR**

**O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS À LUZ DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS NOVAS TENDÊNCIAS  
HERMENÊUTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares

Salvador  
2011

S232 Santana Júnior, Dejair dos Anjos.

O combate às omissões inconstitucionais à luz dos direitos fundamentais e das novas tendências hermenêuticas/ Dejair dos Anjos Santana Júnior. – Salvador, 2011.

208 f.

Digitado (fotocópia).

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Ricardo Maurício Freire Soares.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2011.

1. Constitucionalismo 2. Positivismo jurídico. 3. Direitos fundamentais. I. Santana Júnior, Dejair dos Anjos. II. Soares, Ricardo Maurício Freire. III. Título.

CDU: 341.202

DEJAIR DOS ANJOS SANTANA JÚNIOR

O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS À LUZ DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS NOVAS TENDÊNCIAS  
HERMENÊUTICAS

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em     de março de 2011.

Banca Examinadora

Ricardo Maurício Freire Soares. Orientador \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

Dr. Manoel Jorge da Silva e Neto \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela PUC-SP  
Universidade Federal da Bahia

Dr. Gustavo Justino \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo  
Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Universidade Federal da Bahia

A  
Meu pai, por ter me ensinado o valor da disciplina e do estudo;  
Minha mãe, por ter me ensinado o valor da vida;  
Meu irmão, por ter me ensinado o valor da amizade;  
Minha noiva, por ter me ensinado o valor do amor.

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer imensamente a todos que me ajudaram, direta ou indiretamente, nesta jornada de sabedoria e conhecimento. Alguns, contudo, merecem um agradecimento especial:

A Deus, por ter colocado pessoas tão maravilhosas ao meu lado no dia-a-dia, permitindo que este estudo fosse desenvolvido de forma profunda e coerente.

À minha família, por todos os momentos em que não pude estar junto, mas que mesmo assim sempre esteve presente nesta realização.

A Pablo Stolze, pelo seu apoio e incentivo àquele que um dia foi seu pupilo.

A Fábio Periandro, pelas orientações, idéias e bibliografias sugeridas para o aperfeiçoamento desta pesquisa.

A Ricardo Maurício, meu orientador, sempre aberto e disto a desenvolver o estudo acadêmico.

Aos ilustres Mestres do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, por proporcionarem dois anos intensos de reflexão e desenvolvimento, não apenas acadêmico, mas pessoal.

Aos meus queridos alunos, por permitirem que suas indagações se transformem em meu saber.

A todos, o meu muito obrigado.

“O Direito não é feito por leis, mas por homens;  
não nos iludamos com legislações perfeitas; a-  
postemos em homens virtuosos.”

Camila Mascarenhas Mustafá

"A menos que modifiquemos a nossa maneira de  
pensar, não seremos capazes de resolver os pro-  
blemas causados pela forma como nos acostu-  
mamos a ver o mundo"

Albert Einstein

## RESUMO

A presente pesquisa, de natureza bibliográfica, tem o objetivo de analisar o instituto da “omissão inconstitucional” no ordenamento jurídico vigente, explicando de que forma a evolução dos direitos fundamentais e da nova hermenêutica permitem o seu enfrentamento. Para isso, será observado de que forma a evolução do constitucionalismo e a posterior crise do positivismo jurídico está atrelado à emergência dos direitos fundamentais e da necessidade de combate daquela temática. O estudo permitirá que se demonstre que a crise do positivismo jurídico, materializado nas duas grandes guerras mundiais, fez surgir a necessidade de retomada dos valores aos ordenamentos jurídicos mundiais, fazendo com que os “princípios” passassem a ter a natureza de normas jurídicas, e por isso, de observância forçosa. Será analisado, ainda de que forma os princípios constitucionais – dentre eles, o princípio da máxima efetividade constitucional e o da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais – estão diretamente vinculados ao nascimento de uma teoria que combate as omissões legislativas inconstitucionais. Verificar-se-á, então, algumas propostas estrangeiras para o combate a tais omissões à luz das novas tendências hermenêuticas e de que maneira possa ser feita uma releitura nos atuais instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro – o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição por descumprimento de preceito fundamental – para que possam ser um efetivo meio de combate às omissões inconstitucionais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Crise do positivismo jurídico. Direitos fundamentais. Princípio da máxima efetividade. Mandado de injunção. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Arguição por descumprimento de preceito fundamental.



## ABSTRACT

The present bibliographical research aims to examine the institution of the "unconstitutional omission" in the legal code, explaining how the evolution of the fundamental rights and the new hermeneutic allow the combat of it. For this, it will observe how the evolution of constitutionalism and the subsequent crisis of legal positivism is linked to the emergence of the fundamental rights and the need to fight that theme. Thus, it will demonstrate that the crisis of legal positivism, embodied in two world wars, has shown the need for resumption of values to the legal order in all world, making the "principles " earn the status of legal norms, and therefore, forced compliance. The research will analyze how the constitutional principles - among them, the principle of maximum constitutional effectiveness and the immediate application of fundamental rights and guarantees - are directly linked to the birth of a theory that fights to the unconstitutional legislative omissions. It will check, then, some foreign proposals to combat such omissions in the light of the new hermeneutic trends and in which way can be make a re-reading on the current legal instruments in Brazilian law – the writ of injunction, the direct action of unconstitutionality by omission and petition for breach a fundamental precept – that can turn them in an effective means to combat unconstitutional omissions.

**Keywords:** Constitutionalism. The crisis of legal positivism. Fundamental rights. The principle of maximum effectiveness. The writ of injunction. Direct action of unconstitutionality by omission. Arguing for breach of a fundamental precept.

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	Código Penal
DJ	Diário da Justiça
DNA	Ácido desoxirribonucleico
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
HC	Habeas Corpus
MI	Mandado de Injunção
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b>	14
2	<b>POR UM NOVO OLHAR DO DIREITO: O NEOCONSTITUCIONALISMO</b>	21
2.1	UMA PASSAGEM PELA HISTÓRIA	21
2.1.1	<b>O fim da Idade Média e o Absolutismo</b>	21
2.1.2	<b>O Século das Luzes</b>	24
2.2	EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO	26
2.2.1	<b>Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Social: a modernidade e as suas conseqüências</b>	27
2.2.2	<b>O advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo</b>	31
3	<b>A REVOLUÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: POR UMA NOVA HERMENÊUTICA</b>	36
3.1	TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	38
3.1.1	<b>Da razão instrumental para a razão comunicativa</b>	38
3.1.2	<b>A Teoria dos Interesses Imanentes de Habermas</b>	42
3.1.3	<b>A Teoria do Agir Comunicativo</b>	44
3.1.3.1	<i>A linguagem e os mundos</i>	44
3.1.3.2	<i>O Agir Comunicativo e o mundo da vida</i>	46
3.1.4	<b>Entre a facticidade e a validade</b>	51
3.1.4.1	<i>O Direito e a moral</i>	51
3.1.4.2	<i>A reconstrução do Direito</i>	53
3.1.4.3	<i>O discurso de fundamentação e de aplicação</i>	56
3.1.5	<b>O pensamento Habermasiano e as omissões inconstitucionais</b>	57
3.2	A NOVA POSTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COM A SOCIEDADE ABERTA DA CONSTITUIÇÃO	59
3.3	ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, PONDERAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE QUANTO A “SEPARAÇÃO DOS PODERES”	62
4	<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE</b>	74

4.1	A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	74
4.1.1	<b>Os direitos de primeira dimensão</b>	76
4.1.2	<b>Os direitos de segunda dimensão</b>	77
4.1.3	<b>Os direitos de terceira dimensão</b>	78
4.1.4	<b>Outras dimensões?</b>	79
4.2	O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	81
4.3	A NOVA POSTURA DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS NA PÓS-MODERNIDADE	83
4.3.1	<b>Princípios que materializam a efetividade dos direitos fundamentais</b>	86
4.3.1.1	<i>Princípio da Efetividade</i>	87
4.3.1.2	<i>Princípio da Proibição do Retrocesso Social</i>	89
4.3.1.3	<i>Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais: o art. 5º, § 1º da CF/88</i>	92
5	<b>APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS</b>	95
5.1	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	95
5.2	A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	96
5.3	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS	98
5.3.1	<b>Existência</b>	100
5.3.2	<b>Validade</b>	101
5.3.3	<b>Eficácia e Efetividade</b>	103
5.4	TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	105
5.4.1	<b>Normas de eficácia plena</b>	105
5.4.2	<b>Normas de eficácia contida</b>	106
5.4.3	<b>Normas de eficácia limitada</b>	107
5.4.3.1	<i>Normas programáticas definidoras de direitos</i>	110
5.5	A TEORIA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIO- NAIS E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: OBJETO DE ESTUDO	112
6	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: DA VISÃO TRADICIONAL À VISÃO DA NOVA HERMENÊUTICA</b>	115
6.1	NOTAS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITU- CIONALIDADE	115

6.2	O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	120
6.2.1	<b>Breve esboço sobre o controle de constitucionalidade nas Constituições Pretéritas</b>	120
6.3	A BUSCA POR UM CONCEITO PARA A EXPRESSÃO “OMISSÃO INCONSTITUCIONAL”	123
6.4	MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	125
6.5	A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL TOTAL E A PARCIAL: SOLUÇÕES APRESENTADAS PELAS CORTES ITALIANA E ALEMÃ	126
6.6	INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA O CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	131
6.6.1	<b>O Mandado de Injunção</b>	131
6.6.1.1	<i>Considerações iniciais</i>	131
6.6.1.2	<i>Legitimidade ativa</i>	137
6.6.1.3	<i>Legitimidade passiva</i>	138
6.6.1.4	<i>Os possíveis efeitos na decisão do Mandado de Injunção: por uma mudança de paradigma</i>	140
6.6.2	<b>A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</b>	146
6.6.2.1	<i>Considerações iniciais</i>	146
6.6.2.2	<i>Legitimidade e procedimento</i>	148
6.6.2.3	<i>Efeitos da decisão</i>	151
6.6.3	<b>Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental</b>	153
6.6.3.1	<i>Aspectos essenciais da Lei nº 9.882/99</i>	157
6.6.3.2	<i>Pressupostos da Argüição de Descumprimento</i>	159
6.6.3.2.1	Entendendo o “Descumprimento” e o “Preceito Fundamental”	160
6.6.3.2.2	O requisito da subsidiariedade	164
6.6.3.2.3	Requisito específico da Argüição Incidental: relevância da Controvérsia Constitucional sobre lei ou ato normativo	168
6.6.4	<b>Argüição Autônoma</b>	170
6.6.4.1	<i>Legitimidade ativa e passiva</i>	170
6.6.4.2	<i>Competência e procedimento</i>	174
6.6.4.3	<i>Objeto da Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental</i>	177
a)	Atos Normativos Municipais	179
b)	Atos Normativos Pré-Constitucionais	179

c)	Atos Normativos Referentes a Projetos de Lei e de Emendas Constitucionais	181
d)	Atos Não-Normativos	183
e)	Atos Jurisdicionais	185
f)	Interpretação ou Aplicação de Regimento Interno do Poder Legislativo	186
6.6.5	<i>Efeitos da decisão</i>	187
6.7	ARGÜIÇÃO INCIDENTAL	190
6.8	OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A ADPF	193
7	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	196
	<b>REFERÊNCIAS</b>	200

## 1 INTRODUÇÃO

“Em todos os tempos, em todas as sociedades constituídas, o direito se faz presente para regular condutas” (BEZERRA, 2008).

O estudo alvo deste trabalho tem o objetivo de analisar a questão da “omissão inconstitucional” na nova ordem constitucional brasileira, revelando as tradicionais decisões e métodos de solução referente ao este tema, suas características e sua objeção frente à nova hermenêutica, propondo novas formas de enfrentamento da questão.

Demonstra-se a relevância deste projeto ao se entender que, atualmente, a temática das omissões inconstitucionais tem tomado feições importantes, divergindo o atual entendimento do antigo postulado dos doutrinadores. Após vinte anos de promulgada a Constituição Cidadã, a sociedade brasileira percebe que muitos dos direitos por ela assegurados ainda não podem ser exercidos pela falta legislativa referente à devida matéria. Neste complexo quadro de aspirações individuais e sociais, ganham relevo categorias novas de expectativas, cujos contornos estão em divergência com as fórmulas clássicas<sup>1</sup>.

A realidade, entretanto, é diversa do esperado. Os instrumentos judiciais criados para dar aplicabilidade às normas constitucionais têm apresentado resultados cada vez mais insatisfatórios. Em face desta insatisfação, é necessário que se crie novas possibilidades para suprir essa leniência legislativa. A discussão sobre o tema é das mais modestas na doutrina, e o presente trabalho tem a ousadia de trazer novas soluções e dar uma diferente leitura a mecanismos já existentes. Ademais, esse trabalho tem a pretensão de desmitificar os preconceitos e equívocos que circundam o tema do controle de constitucionalidade e explicá-los à luz dos princípios e direitos fundamentais.

A interpretação constitucional sempre esteve atrelada a uma sociedade *fechada* – interpretação feita somente pelos juízes –, necessitando-se, hoje de uma interpretação mais pluralista e democrática *pela e para* uma sociedade *aberta*<sup>2</sup>, abrindo-se novos caminhos para o combate às omissões inconstitucionais.

Enfim, justifica-se o interesse na temática pelo seu caráter atual e emblemático,

<sup>1</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

<sup>2</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

permitindo uma proposição do Direito a partir de uma acepção mais dinâmica, procurando aprimorá-lo em sintonia com os anseios da sociedade.

Material de pesquisa no tocante ao Controle de Constitucionalidade é diverso, praticamente todos os autores explanam as suas diversas modalidades, contudo, poucos têm a preocupação de aprofundar a questão da omissão inconstitucional e discutir a possibilidade de *efetivamente* se suprir essa omissão por meio do Poder Judiciário, ainda que seja enquanto o legislativo não se manifeste.

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais<sup>3</sup>. O controle de constitucionalidade, portanto, é o método de verificação da compatibilidade vertical das normas.

O ordenamento jurídico é um conjunto ordenado de normas gerais e abstratas, tendo como fim casos indefinidos, e não concretos. Analisando-se essas normas, os constitucionalistas perceberam que dentro de uma mesma constituição há normas que se aplicam sozinhas (normas auto-aplicáveis) e normas que precisam de lei para serem aplicadas no caso concreto.

José Afonso da Silva<sup>4</sup> classificou as normas constitucionais em três espécies: *a) normas de eficácia plena*, cuja normatividade é suficiente para incidir, cabalmente, sobre os interesses de que cogitam – portanto, não precisam de lei para se tornar eficaz; *b) normas de eficácia contida*, que se distinguem das primeiras pela possibilidade de restrição dos seus efeitos, dependendo de regulamentação posterior; e *c) normas de eficácia limitada*, as quais são definidoras de princípio institutivo, programático, cuja possibilidade de execução (e, portanto, eficácia) o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário.

O foco de análise desse projeto é justamente as normas de eficácia limitada<sup>5</sup>, normas que precisam de normatividade ulterior para ter aplicabilidade no caso concreto. O problema reside justamente no fato do Congresso Nacional não cumprir com a sua função, não legislar a matéria da qual é competente. No momento em que o legislativo não regula uma norma que deveria fazê-lo, diz-se que o legislador foi omissivo, criando-se, assim, uma lacuna no ordenamento, lacuna esta que deve ser suprida do sistema jurídico ou por meio da interpretação constitucional ou por mecanismos próprios a resolver a questão.

Contudo, não é toda e qualquer omissão considerada um vício à constituição. O e-

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 75.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>5</sup> O professor Manoel Jorge da Silva e Neto nos ensina que a norma de eficácia limitada (chamada por ele, assim como outros doutrinadores, de *norma de eficácia relativa complementável*) pode ser de duas espécies: “de princípio institutivo ou organizativo - quando dão corpo a instituições ou órgãos - ou de princípio programático - quando apontam para as metas a serem alcançadas pela unidade política” SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 149.



vento naturalístico tipificado pelo simples não-fazer não importa ao controle de constitucionalidade, mas tão somente as abstenções em implementar, de forma satisfatória, as providências necessárias para tornar *aplicável* a norma constitucional.

A fim de interpretar a norma constitucional, o intérprete deve fazer uso de alguns princípios que o orientem. E um dos princípios específicos citados pelo professor Dirley da Cunha Júnior para orientação na interpretação constitucional<sup>6</sup>, e que tem grande relevância para os fins desta pesquisa, é o *princípio da máxima efetividade*<sup>7</sup>, segundo a qual o intérprete deve atribuir às normas constitucionais o sentido que maior efetividade lhe der, visando otimizar ou maximizar a norma para dela extrair todas as suas potencialidades<sup>8</sup>.

Esse princípio deve ser interpretado concomitantemente com o já referido princípio da Supremacia da Constituição. A Constituição é uma lei fundamental: primeiro, porque ela é o padrão, o eixo, o estalão, de nosso ordenamento jurídico, determinando seus princípios básicos; segundo, porque é uma lei hierarquicamente superior, de modo que qualquer outro provimento normativo que com ela conflite não será válido, será inconstitucional, será nulo e de nenhum efeito. Portanto, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal (CF)<sup>9</sup>.

Sendo assim, toda norma constitucional deve ter o seu conteúdo plenamente constituído para regular a conduta dos seus destinatários. E, para que a norma de eficácia limitada seja plenamente eficaz, é necessário que o próprio poder judiciário resolva a omissão de forma concreta, pois a simples ciência ao poder omissivo (meio mais *comum* de “solução” das omissões inconstitucionais) não implica em *efetivo* respeito à constituição, indo de encontro ao princípio da máxima efetividade.

---

<sup>6</sup> O ilustre professor Dirley da Cunha Júnior ressalva que os termos “interpretação constitucional” e “interpretação jurídica” não são sinônimos, sendo este gênero da qual aquela é espécie: “[...] a interpretação constitucional tem por objeto a compreensão e aplicação das normas constitucionais, ela se serve de princípios próprios que lhe conferem especificidade e autonomia. É exatamente na peculiaridade de seu objeto – a Constituição – que reside a necessidade de interpretação especificamente constitucional, informada por métodos e princípios específicos e adequados a seu objeto”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008. p. 189.

<sup>7</sup> Para ilustrar o princípio em tela, veja-se o RE nº 328.812, no qual o relator Ministro Gilmar Mendes utilizou do princípio como norte para o seu voto: “A aplicação da súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao *princípio da máxima efetividade* da norma constitucional. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em duas instâncias ordinárias. Privilegiar a interpretação controvertida, para a manutenção de julgado desenvolvido contra a orientação desta Corte, significa afrontar a efetividade da Constituição” (RE 328812, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/03/2008).

<sup>8</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b.

<sup>9</sup> SILVA, 2008.

A fim de suprir essa omissão legislativa, o ordenamento propõe três mecanismos de controle de constitucionalidade: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição de descumprimento de preceito fundamental. O dever deste trabalho é mostrar que tais instrumentos podem servir para solucionar o problema da omissão legislativa de forma eficaz, além de propor novas tendências para a solução deste problema.

Para melhor estruturar a explanação de idéias referente a esta pesquisa, deve-se antes entender como a evolução do constitucionalismo e dos direitos e princípios fundamentais, bem como a interpretação jurídica, influenciam no combate às omissões inconstitucionais.

Sendo assim, inicialmente, iremos expor o momento histórico e os seus principais pensadores para que se possa ter uma contextualização da época em que está inserido as grandes transformações do Direito. Perceberemos, deste modo, como o surgimento do constitucionalismo permitiu uma nova forma de razão (uma vez que o individualismo e as ciências passaram a prosperar) e o surgimento de uma nova era, a Modernidade. Contudo, veremos que as promessas da Modernidade não foram cumpridas, sendo necessário o surgimento de um novo movimento constitucional para suprir as necessidades sociais da população, o neoconstitucionalismo.

Analisar-se-á as profundas alterações hermenêuticas advindas desta nova forma de ver o Direito, no qual cada vez mais o cidadão deve estar presente nas tomadas de decisões, seja na esfera administrativa, política ou judicial. Passa o intérprete, através desta nova forma de “ver” o Direito, a ter o dever de analisar os regulamentos infraconstitucionais à luz dos preceitos constitucionais, devendo procurar sempre cumprir o seu preceito de acordo com a força normativa da Constituição, inclusive no que tange às omissões inconstitucionais.

Veremos, também, como a evolução dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais estão intimamente ligados ao neoconstitucionalismo. Notaremos como o surgimento de novas demandas e de novos “direitos” fez surgir a necessidade de novos mecanismos para preservar e assegurar o direito dos cidadãos.

Verificar-se-á, ainda, como os direitos fundamentais, e a sua devida interpretação, permitem a solução das omissões inconstitucionais, principalmente à luz do princípio da efetividade da Constituição. Desta forma, demonstraremos, e proporemos, como soluções alienígenas são eficazes no combate à omissão inconstitucional utilizando unicamente da interpretação constitucional, como a sentença aditiva italiana.

Não deixaremos de lado, contudo, os mecanismos atuais existentes na ordem jurídica utilizados para combater a omissão inconstitucional: o mandado de injunção (MI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a argüição por descumprimento de preceito fun-

damental.

O remédio constitucional do mandado de injunção teria o objetivo de suprir a falta de regulamentação que tornasse inviável o exercício de direitos e liberdade constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A garantia que deveria servir para concretamente satisfazer o cidadão acabou por ser apenas um instrumento de *ciência* ao poder omissivo, pondo por terra tudo o que se conseguiu no decorrer da evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

Este entendimento pode ser visto no MI 107 QO/DF, rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça (DJ) 21.09.90, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que o efeito do *writ* é o mesmo daquele inerente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

[...] é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade *de que se lhe dê ciência dessa declaração*, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional<sup>11</sup> (grifo nosso).

Ressalta Rodrigo Reis Mazzei que dar ciência da omissão ao órgão omissivo é providência de todo em todo inócua, até por que, presumivelmente, ninguém melhor do que ele sabe que se vem omitindo para que adote as providências necessárias, acrescenta-se; mas:

se não se comina a sanção para o descumprimento, o acréscimo, do ponto de vista jurídico, e, sobretudo, ao ângulo prático, a rigor continua a padecer de inocuidade, a não ser que a ameaça de responsabilização fosse suficiente para obrigar o órgão omissivo a suprir a demora da falta.<sup>12</sup>

Ao lado dos direitos fundamentais, e dando suporte a estes, estão os princípios fundamentais constitucionais. Estes princípios são os vetores que o intérprete do direito deve seguir para interpretar a norma no caso concreto, tendo todo o sistema jurídico estar de acordo com eles.

Para a análise desta pesquisa, importante destacar o princípio considerado o *topoi dos topoi*, o princípio da dignidade da pessoa humana, com fulcro no art. 1º, inc. III da CF/88.

<sup>10</sup> Impende ressaltar que há precedente no STF, referente ao voto do Ministro Celso de Mello, de que, caso já tenha sido o órgão omissivo ciente da matéria em questão, desnecessária é a renovação da notificação do órgão legislativo, podendo o judiciário “fazer a norma” no caso concreto (a respeito, MI 543, in DJ 24.05.2002).

<sup>11</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 593.

<sup>12</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Mando de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2007. p. 161.

A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro<sup>13</sup>.

Citando Gonzáles Perez, o professor Marcelo Novelino Camargo aponta quatro critérios gerais utilizados na verificação de um atentado contra a dignidade da pessoa humana: i) as circunstâncias pessoais dos sujeitos são indiferentes (nacionalidade, raça, sexo, idade, grau de inteligência); ii) *não se requer intenção ou finalidade*; iii) a vontade da pessoa afetada, salvo em caso de atentados leves, é irrelevante; e iv) as diversas circunstâncias concorrentes devem ser valoradas na qualificação em concreto de uma determinada conduta.<sup>14</sup> (grifo nosso)

Sendo assim, não há como se entender o *por quê* da ação de inconstitucionalidade por omissão, havendo a sua procedência do pedido (concordância do poder judiciário de que há a omissão legislativa), ter como fruto de sua decisão, também, apenas a *ciência* deste fato ao legislativo. Essa mera *ciência* fere completamente o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o autor da ação não terá nem uma mera expectativa de satisfatividade com a sua ação, o que leva a intenção e finalidade da sua ação a um saldo zero.

O professor Manoel Jorge da Silva e Neto entende, de forma salutar, que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser usada como “balizamento para eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, ou mesmo conformar o comportamento de quem quer que esteja, no caso concreto, ofendendo o Princípio Fundamental em questão”<sup>15</sup>. Por isso o nosso entendimento é que, no caso de controle de constitucionalidade em geral, não há como se ter uma decisão que apenas afirme que há leniência do legislativo; o que se espera é uma decisão *efetiva* no caso concreto<sup>16</sup>.

Outra forma de combate a omissão constitucional é a nova Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o qual a ADPF nº 04<sup>17</sup> - melhor analisado no corpo da

<sup>13</sup> SILVA NETO, 2006, p. 201.

<sup>14</sup> CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2008. p. 162.

<sup>15</sup> SILVA NETO, op. cit, p. 202.

<sup>16</sup> Posição de destaque teve o julgamento na sessão plenária de 09 de maio de 2007, em que o STF, em decisão inédita, reconheceu na ADIN por omissão além da mora legislativa, relativo à omissão da regulamentação do § 4º do art. 18 da CF, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional *no prazo máximo de 18 meses*. (ADI 3682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 09.05.2007).

<sup>17</sup> Com efeito, na ADPF nº 4-DF, Rel. Min. Octavio Galloti, j. em 17.4.2002, DJU de 24.04.2002, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a preliminar sobre a admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT, contra a MP 2.019/2000, que fixa o valor do salário-mínimo, teve a oportunidade de *conhecer da argüição* por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando à espécie o § 1º do art. 4º d Lei nº 9.882/99. Vencidos os Ministros Octavio Galloti, relator, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves, que não conheciam da ação. Em seguida,

pesquisa – admitiu o seu uso como instrumento eficaz de controle de constitucionalidade por omissão.

Percorrer-se-á, assim, pela análise de tais instrumentos, tanto através dos preceitos constitucionais quanto infraconstitucionais, revelando de que forma vem sendo tais mecanismos utilizados e propondo novas formas de interpretações, a fim de que esses instrumentos possam ter maior eficácia no combate às omissões inconstitucionais. Vale ressaltar que analisaremos ainda mais especificamente a argüição por descumprimento de preceito fundamental, não por ser um instrumento novo, já que possui doze anos, mas por trazer profundas inovações no controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

Desta forma, esta pesquisa tem como objetivo principal demonstrar a viabilidade das “sentenças normativas” (sentenças com carga de lei), mostrando que seu uso não fere o princípio da separação dos poderes e que nada mais são do que uma necessidade de integração da hermenêutica jurídica.

## 2 POR UM NOVO OLHAR DO DIREITO: O NEOCONSTITUCIONALISMO

### 2.1 UMA PASSAGEM PELA HISTÓRIA

Falando de história e de política, não há como não considerar o fato de que a memória é feita de esquecimentos, de silêncios. De sentidos não ditos, de sentidos a não dizer, de silêncios e de silenciamentos (ORLANDI, 1999, p. 59).

A fim de se ter uma melhor compreensão de como surgiu e da importância da evolução do constitucionalismo se faz necessário a compreensão do contexto global em que tais alterações ocorreram, em que tipo de sociedade e com que características.

Far-se-á, assim, um “passeio” pela história, indicando as características das épocas em destaque, seus principais teóricos e sua importância para o tema deste trabalho. Não se pretende se estender na exposição histórica do tema, mas fazer um breve resumo, apresentando os aspectos mais relevantes para que possa contextualizar o leitor ao período em que surgiu o movimento constitucionalista.

#### 2.1.1 O fim da Idade Média e o Absolutismo

Informam os historiadores que a Idade Média teve o seu início no século V com a decadência do Império Romano, arruinado este pelas invasões bárbaras. Esse período histórico é caracterizado pela descentralização do poder (que passou a pertencer a cada senhor feudal), tendo a sua estrutura política sustentada pela vassalagem e suserania. O senhor feudal era quem detinha o poder jurídico, econômico e político na chamada “Era das Trevas”.

A sociedade feudal era estática, praticamente não havendo mobilidade social. Havia três camadas perfeitamente distintas: a nobreza feudal – detentora das terras e das arrecadações oriundas da cobrança dos impostos que arrecadavam dos camponeses; o clero – detentora de grande poder econômico e de temor espiritual pelos camponeses; e os servos e artesãos, que obedeciam aos seus senhores e se curvavam às vontades do Ser Supremo.

Analisando a Era Feudal, as historiadoras Myriam Becho Mota e Patrícia Ramos

Braick<sup>18</sup> afirmam que, por não existirem estruturas de âmbito nacional na Idade Média, como leis próprias, línguas e costumes, predominava o direito consuetudinário (complexo de normas não escritas originárias dos usos e costumes tradicionais de um povo). Isso possibilitava a existência de um conjunto de normas, de tradições, de dialetos diferentes de um feudo para outro, ou seja, pode-se dizer que em cada feudo existia o seu próprio “Direito”.

Com o avanço do comércio, houve mudanças na estrutura da sociedade feudal. O desenvolvimento das práticas mercantis dos comerciantes permitiu o surgimento de pequenos *burgos* (cidades comerciais – termo que deu origem à expressão “burguesia”). Contudo, por não existir uma lei válida para todos, já que cada feudo tinha a sua regulamentação particular, as taxas, os impostos, as infrações divergiam muito de um local para outro, o que trazia grandes problemas para os comerciantes.

A busca por essa normatização unificada induziu os incipientes burgueses a se unirem à nobreza para formação de um Estado forte, cujo poder estivesse centralizado em uma única pessoa: o Rei. Essa união dos burgueses com a nobreza permitiu a ascensão dos Estados Nacionais, pondo fim à Idade Média e tendo como consequência não apenas a unificação dos Estados, mas também o surgimento de um Exército nacional, de uma moeda única, a demarcação do território nacional, uma língua oficial e administração única para todo o território.

O período caracterizado pela concentração de poder na pessoa do Rei ficou conhecido como Absolutismo. Nessa época, continuou existindo três camadas sociais: o clero, a nobreza e agora o *terceiro estado* (este, composto pela alta burguesia, baixa burguesia e artesãos).

A teoria absolutista apresentava o rei como representante de Deus na Terra, devendo ele ser respeitado e obedecido, como assim se devia fazer com as palavras de Deus. Segundo as pesquisadoras Myriam Becho Mota e Patrícia Ramos Braick<sup>19</sup>, os teóricos absolutistas justificavam o poder dos reis baseados em teorias filosóficas que certamente refletiam o desejo das camadas sociais interessadas na manutenção da autoridade centralizada. Mas, na verdade, esses pensadores fizeram mais do que “vender” a imagem da realeza. Eles empreenderam uma profunda reflexão sobre o Estado e a política, procurando chegar a conclusões acerca do modelo ideal de nação e de poder.

Figuram entre os principais teóricos absolutistas Nicolau Maquiavel, Thomas Hobbes e Jean Bodin. Maquiavel escreveu em 1513 “O Príncipe”, livro que sugere a famosa expressão *os fins justificam os meios*; o autor mostra que o rei tinha de ser racional na busca dos

---

<sup>18</sup> MOTA, Myriam Becho; BRAICK, Patrícia Ramos. **História: das cavernas ao terceiro milênio**. São Paulo: Moderna, 1997.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 101.

interesses do seu Estado, mesmo que para isso fosse necessário o uso da violência.

Hobbes e Maquiavel eram representantes da Teoria do Contrato Social. De acordo com as historiadoras, Hobbes justificou a necessidade de a sociedade civil ser organizada politicamente para sair do estado de natureza, que para ele era sinônimo de caos. Hobbes sustentava que sem um governo forte e capacitado os homens não respeitariam os limites necessários para uma boa convivência social. A fim de uma convivência pacífica, a sociedade deveria abdicar de seus direitos em nome do rei, pois ele seria o único capaz de manter a ordem social e por consequência a segurança nacional. Para ele, o Estado era um mal necessário; Hobbes considerava o Estado como um *Leviatã*<sup>20</sup> (daí o nome de sua obra), um monstruoso aparato administrativo que, por meio de um Contrato Social com a população, poderia tomar para si o direito de resolver por ela, soberanamente, as questões do bem comum. Portanto, para escapar ao caos e ter assegurada a sobrevivência, o homem perderia a sua liberdade política.

Por outro lado, Jean Bodin era adepto do direito divino dos reis, discordando da teoria do Contrato Social. Bodin afirmava que o rei era a perfeita autoridade delegada por Deus, e, por isso, negava o direito à existência do Parlamento, sustentando que o órgão legislativo, diante de Deus, não possuía soberania para resolver qualquer questão, principalmente, se em desacordo com o rei. Sua obra principal foi *A República*, em que o poder do rei é comparado ao de Deus: ilimitado.

Não obstante, o maior defensor do poder absoluto foi o abade Jacques Bossuet, autor de *Política Extraída da Sagrada Escritura*, para quem a autoridade do monarca era sagrada porque emanada de Deus e discutir-lhe a legitimidade era um sacrilégio. Essa foi a linha filosófica adotada pelos governantes do período acima referido.

O professor Carlos Ari Sundfeld<sup>21</sup> delineia as consequências do absolutismo e a estrutura social da época, *literis*:

- a) O Estado, sendo o criador da ordem jurídica (isto é, sendo incumbido de fazer as normas), não se submetia a ela, dirigida apenas aos seus súditos. O Poder Público pairava sobre a ordem jurídica.
- b) O soberano, e, portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo, não podendo este questionar, ante um tribunal, a validade ou não dos atos daquele. Parecia ilógico que o Estado julgasse a si mesmo ou que, sendo soberano, fosse submetido a algum controle externo.
- c) O Estado era irresponsável juridicamente: *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong*. Destarte, impossível seria exigir ressarcimento por algum dano causado por autoridade pública.

<sup>20</sup> Na página de frontispício de *Leviatã* (1532), aparece um rei muito alto, majestoso, sobre sua terra. Seu corpo é feito de humanos e suas mãos seguram os símbolos da autoridade real (a espada) e o poder religioso (cajado do bispo).

<sup>21</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 34-35.



- d) O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. [...] Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir do outro indivíduo a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas).
- e) Dentro do Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano, a quem cabia editar as leis, julgar os conflitos e administrar os negócios públicos.

### 2.1.2 O Século das Luzes

O poder ilimitado do rei e sua legitimidade centrada na crença religiosa começaram a decair a partir do século XVIII com o surgimento do movimento iluminista. Segundo os filósofos iluministas, o misticismo religioso era o que impedia a evolução do homem, e por isso passaram a defender a razão em detrimento da visão teocêntrica. Na visão dos iluministas, o desenvolvimento humano só ocorreria com a quebra do vínculo com a igreja. A razão passou, a partir daí, a ter prevalência sobre a fé.

Até mesmo a fé em si, para os iluministas, deveria ser raciocinada. Todos os eventos da vida, fossem eles naturais ou sociais, deveriam passar pelo critério da razão. Com esse entendimento, acreditavam que o homem era bom por natureza, pois teria um único objetivo na vida: a busca da felicidade.

Os burgueses eram os maiores interessados nas idéias iluministas, pois, apesar de terem a riqueza proporcionada pelo absolutismo, não tinham o poder político desejado, uma vez que este era exclusivo do dito representante de Deus na terra. O fim do Antigo Regime retirou os privilégios outorgados à igreja e à nobreza, fazendo sobressair, assim, a burguesia, mas não lhe proporcionou autonomia política.

E não por menos o objetivo maior do movimento foi contestar a principal característica do absolutismo: o poder do rei. E vários foram os pensadores que influenciaram a época. Sobre os principais filósofos iluministas, Myriam Becho Mota e Patrícia Ramos Braick<sup>22</sup> afirmam que “John Locke foi um dos principais partidários de um Estado constitucional de poderes limitados, sendo considerado o pai do liberalismo político”. Em sua obra *Ensaio sobre o Governo Civil*, Locke desenvolveu uma teoria de governo limitado. Afirmava que o poder monárquico era um contrato entre governo e governados, regidos por uma constituição no qual o governo deveria ter seu poder cingido por um contrato político entre a sociedade e os governantes. Para o filósofo, a autoridade e o poder delegados ao governante poderiam ser

<sup>22</sup> MOTA; BRAICK, 1997, p. 254-258.

retirados, pois os indivíduos mantinham o direito de substituir, rebelar ou derrubar um governo tirânico.

Denis Diderot, um dos enciclopedistas, contestou violentamente o absolutismo real e apontou elementos para a constituição de uma sociedade civil democrática moderna. Já Voltaire, cujo verdadeiro nome era François Marie Arouet, também sustentava a idéia de um poder limitado, o qual deveria defender a liberdade, a propriedade e a proteção das leis. Montesquieu, por sua vez, ficou famoso pela divisão orgânica da separação dos poderes, haja vista os homens possuírem a tendência natural de abusar de qualquer parcela de poder que lhes seja confiada.

Por seu turno, Rousseau divergia do pensamento de Locke. Para ele, os homens, quando não havia o Estado, viviam em estado natural, e este estado significava o paraíso (lembre-se, para Locke, seria o caos). Em sua visão, existiam pouquíssimas possibilidades de conflitos quando os homens estavam em estado de natureza, uma vez que não existia a propriedade privada e todos eram iguais. Segundo Rousseau, a autoridade do Estado não poderia ser representada, devendo as leis e os atos normativos serem promulgados diretamente pelo povo. Assim, o governo seria simplesmente um agente Executivo do Estado, como uma comunidade politicamente organizada, cuja função soberana era expressar a vontade geral.

Na seara econômica, criticava-se o mercantilismo, já que a economia baseada nesse tipo de atividade econômica era marcada pelo intervencionismo estatal. A primeira manifestação de descontentamento com esta política surgiu com os *fisiocratas*. Eles acreditavam que as atividades econômicas naturais – como agricultura, mineração e pesca – tinham maior importância para a prosperidade nacional do que o comércio. Foi com os fisiocratas que nasceu a expressão “*laissez faire, laissez passer et le monde va de lui-même*” (deixai fazer, deixai passar e o mundo marcha sozinho). Com posição diametralmente oposta, o escocês Adam Smith afirmava que o trabalho produtivo – e não a agricultura ou o comércio – era a verdadeira fonte de riqueza. Adam Smith passa, com sua ideologia, a ser considerado o pai da moderna teoria econômica.

## 2.2 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

“A ciência moderna nasceu da esmagadora ambição de conquistar a Natureza e subordiná-la às necessidades humanas” (BAUMAN, 1999, p. 334).

A fim de entendermos a questão da evolução do constitucionalismo mister a pré-compreensão da época em que ocorreram as alterações que deram desenvolvimento à matéria. Feito isto, a partir desse momento, poderemos entender o contexto em que ocorreram os principais fatos e teorias que deram margem ao seu incremento. As considerações iniciais *supra*, deste modo, servem de suporte para o entendimento global que se fará no decorrer deste ponto.

Inegavelmente, as questões mais atuais e relacionadas, por exemplo, à interpretação e à aplicabilidade das normas constitucionais não podem ser bem compreendidas se não forem enunciados os principais fatos históricos responsáveis pela transformação dos Estados e, logicamente, dos modelos normativo-constitucionais que sustentaram tais ordenamentos.

Pode-se afirmar, inicialmente, com esopeque na lição do professor Dirley da Cunha Júnior<sup>23</sup>, que “o constitucionalismo foi um movimento político-constitucional que pregava a necessidade da elaboração de Constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder, em benefício de um regime de liberdades públicas”.

Essas constituições escritas tinham o objetivo de limitar o poder supremo do monarca. Luís Roberto Barroso ensina que o discurso do Estado atravessou ao longo do século XX três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável e desconcertante é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. “Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, condescendente com os ricos e rigorosa com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008c, p. 23.

<sup>24</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 308.

### 2.2.1 Do Constitucionalismo Liberal ao Constitucionalismo Social: a modernidade e as suas conseqüências

Vimos acima que a formação dos Estados Nacionais, no fim da Idade Média, possibilitou a centralização do poder em uma única pessoa: o monarca. Detentor de todo o poder, seu domínio era absoluto, o que o permitia intervir em qualquer setor da sociedade, fosse ela econômica, social ou política.

A teoria filosófica do Absolutismo era baseada no direito divino dos reis. Esses detinham poder ilimitado outorgado por Deus e eram tidos como os legítimos representantes de Deus na terra. Surgiu, a partir daí, o que se passou a chamar de “direito natural”, o qual deu início à escola do *jusnaturalismo*. Para a referida escola, existia um sistema de normas “superiores” às normas estatais, devendo estas estar em conformidade com aquelas. O direito natural teria validade em si mesmo, sendo anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, era ele quem deveria prevalecer.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: “a) uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a lei ditada pela razão. Influenciada pela ideologia teológica conseqüente da Idade Média, a versão de que o direito natural decorre da vontade de Deus teve maior força no Absolutismo”<sup>25</sup>.

Com o movimento iluminista, os filósofos da luz passaram a criticar a fé e o dogma religioso através da razão. As ciências físicas e sociais passaram a ser compreendidas à luz do conhecimento científico, havendo uma grande evolução das ciências. Consolidou-se, assim, juntamente com o iluminismo, a *modernidade*<sup>26</sup>, movimento para o qual a ordem, o indivíduo, a soberania e o Estado devem estar em primeiro lugar.

Barroso explica que nesse momento o iluminismo se associa ao jusnaturalismo (na sua segunda versão), o que deu substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do

<sup>25</sup> BARROSO, 2009, p. 320-321.

<sup>26</sup> Em verdade, não há um consenso entre os filósofos sobre quando surgiu a modernidade. De acordo com Eduardo C. B. Bittar, a modernidade para Habermas teria nascido com Hegel, e seu racionalismo onipresente seria a máxima manifestação da vontade colonizadora moderna do mundo. A modernidade, para Foucault, teria nascido com Kant, na medida em que ninguém melhor que ele teria se pronunciado sobre a dimensão do indivíduo e sobre a consciência ética do dever que este filósofo de Königsberg, e a crítica seria a *Aufklärung*. O autor prefere o posicionamento de Castoriadis, para quem a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade, com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares da mudança social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade (BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 43-44).

mundo moderno: a tolerância religiosa e a mitigação do poder do Estado. E é justamente nesse momento que a burguesia articula sua chegada ao poder<sup>27</sup>.

A mitigação do poder estatal se deu, principalmente, com a normatização, a positividade dos direitos naturais em leis escritas. Para Manoel Jorge da Silva e Neto:

A gênese do constitucionalismo clássico está atrelada ao irrefreável ímpeto quanto à positividade de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado. Não se poderá compreender a noção de constitucionalismo daquela época se não se atentar para o autêntico motivo conducente à inclusão das liberdades públicas nos textos constitucionais: a preservação da liberdade individual<sup>28</sup>.

Não podemos esquecer que esse era o grande objetivo dos burgueses: abreviar o poder do Estado a fim de dilatar a liberdade individual, tanto na política quanto na economia.

Sobrevém que, antes, a expressão da razão era o monarca, transmissor da vontade de Deus; nos Estados modernos, a expressão da razão é materializada com o advento da lei. No mesmo entendimento, Eduardo C. B. Bittar assevera que se “os medievais acreditavam em Deus, e sacralizavam rituais de vida em nome de Deus, e cometiam barbaridades em nome de Deus, os modernos descobriram um novo Deus, a quem se devota igualmente a mesma dedicação febril e cega: o progresso”<sup>29</sup>.

Para Barroso, o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade<sup>30</sup>.

Começa, assim, a consolidação do positivismo<sup>31</sup> em detrimento do jusnaturalismo. Conforme Paulo Dourado Gusmão<sup>32</sup>, “o Positivismo pretendia ser a filosofia da ciência, ou seja, o coroamento do saber científico. Excluindo de seu domínio a metafísica, acabou sendo o saber fundado nos fatos *tout court*”. No que diz respeito à esfera jurídica, pondo de lado a

<sup>27</sup> BARROSO, 2009b, p. 321.

<sup>28</sup> SILVA NETO, 2008, p. 43.

<sup>29</sup> BITTAR, 2009, p. 88.

<sup>30</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>31</sup> Segundo Barroso, as teses fundamentais do positivismo filosófico podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; (ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos; (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive às ciências sociais (BARROSO, 2009, p. 324).

<sup>32</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 385.

metafísica, reduzindo o direito ao direito positivo e definindo-o como fato, passível de estudo científico, fundado em dados reais, o Positivismo Jurídico tornou-se a doutrina do direito positivo.

Segundo Bittar, a filosofia da época, que haveria de fundamentar esse posicionamento de base socioeconômica, só poderia encontrar acolhida no pensamento de Augusto Comte, com a superação da era mítica (fundamentação pela natureza e pela mitologia) e metafísica (fundamentação pela revelação e pelas fontes divinas) pela era positivista (fundamentação da ação pela tecnologia, pela razão, pela ciência empírica)<sup>33</sup>.

Para o autor, a culminância da positivação e da história da legalização e normatização de documentos jurídicos ocorreu apenas no século XIX, especialmente, com o desenvolvimento das seguintes Escolas: 1) Pandectística, que vê o direito como corpo de regras cujo modelo era o direito romano – o *usus modernus pandectarum* (Alemanha, Glück; Windscheid; Jellinek); 2) Exegese, que defende a codificação como uma espécie de iconização dogmático-exegética, guiada pelo axioma da intangibilidade do sentido normativo atribuído pelo legislador (França, Demolombe; Troplong; Laurent; Aubry et Rau); 3) Jurisprudência dos Conceitos, que traça a arquitetura dos conceitos e do ordenamento jurídico cientificamente interpretado num sistema de regras (Jhering; Puchta); 4) entre outras tendências, como a Escola Analítica da Jurisprudência, de John Austin. Nesse contexto, Bittar classifica como voz dissonante da época a Escola Histórica de Savigny (*Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência* – 1814), uma vez que se opõe à criação de um Código Alemão por acreditar no *volkgeist* (“espírito do povo”) e na força dos costumes, não deixando, não obstante, de pensar também lógico-dedutivamente as fontes históricas do direito.

No século XX, a maior expressão do pensamento normativista-positivista surgiu com Hans Kelsen que afirmava que a ordem jurídica de um Estado deveria ser um sistema hierárquico de normas gerais.

Percebe-se, assim, que a modernidade é guiada pelo que se pode chamar de “império das leis<sup>34</sup>”, sendo um dos pilares do Estado moderno. Na pretensão de se fazer uma “ciência” jurídica, eliminou-se a moral e os valores do Direito, passando a ciência do direito a ser pautada exclusivamente em fatos. Daí o célebre brocardo “dai-me os fatos que lhe darei o direi-

<sup>33</sup> BITTAR, 2009, p. 67-71.

<sup>34</sup> A fim de dirimir duvidar, Bittar esclarece que a legislação não é uma criação da modernidade. Ele aponta que há fortes notícias do uso e emprego de leis escritas (*nómos; lex*) desde as épocas mais remotas da Antiguidade. A Lei das Doze Tábuas, na cultura romana, é, sem dúvida, o marco mais admirável dos testemunhos da criação normativa escrita na tradição jurídica ocidental. A própria idéia de Código também não é uma novidade moderna, pois o termo remete à palavra *codex*, ligado à história romana. No entanto, a modernidade inventou a legislação como meio único de realização de práticas jurídicas vinculando-as a procedimentos escritos formais a serem emanados por atos estatais (BITTAR, 2009, p. 78).

to”. O Direito passou a ser uma mera subsunção de análise dos fatos à norma adequada existente no ordenamento jurídico.

Desta forma, as conseqüências do direito moderno não foram o esperado. A realidade não coadunava com a expressão principal da Revolução Francesa, marco histórico do iluminismo: “Igualdade, Liberdade e Fraternidade”.

A pretensa “igualdade” era meramente formal, cada vez mais as pessoas eram *desiguais*. O avanço da economia com o modelo liberal, sem a necessária intervenção estatal, apenas fez aprofundar as desigualdades sociais, criando um verdadeiro abismo na sociedade. Por ser apenas um garantidor das liberdades individuais, da propriedade e da segurança, a não-intervenção do Estado na esfera econômica e social fez com que os trabalhadores fossem cada vez mais explorados.

Aliando tal fato com o fim da Primeira Guerra Mundial, a situação começa a se agravar. Começam a eclodir movimentos sociais contra a opressão dos empregadores, briga por melhores salários e por melhores condições de trabalho e de vida. Mais do que isso, inicia a pressão para que o Estado volte a intervir na sociedade, não apenas regulando, mas *proporcionado* direitos previstos nas Cartas.

Para o professor Dirley da Cunha Júnior, com a derrocada do Estado liberal, surgiu um novo constitucionalismo com reflexo direto no modelo estatal. O Estado muda de configuração, assumindo renovados papéis e múltiplas funções. Advém o Estado social, ou, como preferem alguns denominá-lo, o Estado do Bem-Estar Social (o *Welfare State*) ou Estado providência, prestador de serviços, de perfil essencialmente intervencionista, que exige a presença marcante e decisiva do poder público no domínio das relações socioeconômicas. O homem passa a depender do Estado, de quem se exigem prestações positivas<sup>35</sup>.

Surge, assim, o Estado social, diametralmente oposto ao modelo liberal. Neste, o Estado deveria se abster nas relações sociais e econômicas; naquele, é necessária a intervenção. O Estado passa a ter destaque também na vida jurídica, uma vez que os direitos previstos nas constituições devem ser garantidos, e, por isso, normatizados. Passa-se a falar, assim, em “direitos fundamentais”.

Manoel Jorge da Silva e Neto<sup>36</sup> afirma que “o constitucionalismo social teria fundamentos de natureza sociológica, política e jurídica”. Sob o prisma sociológico, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente, cujo exemplo marcante é a Revolução Socialista Soviética. Ao examinarmos o aspecto político da introdução das normas de direito social nas constituições, admitimo-la como resultado da decisão levada ao fim e ao cabo pelas

<sup>35</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008c, p. 119.

<sup>36</sup> SILVA NETO, 2008, p. 45.

forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. O fundamento jurídico é conducente à constatação da necessidade de se introduzir na norma maior do sistema os elementos sociais como forma de expressar mais marcadamente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim para impedir ou dificultar sobremaneira a sua retirada por conveniência do legislador ordinário.

A fim de se normatizar esses elementos necessários para o bem-estar social, surge um número considerável de normas programáticas, dispondo sobre direitos sociais e econômicos, carentes de efetivação<sup>37</sup>. Decerto, essa programaticidade das Constituições haveria de se combinar com sua efetividade, sob pena de se negar vigência ao Estado Constitucional Democrático de Direito. E é justamente quanto a este tema que se debruça o corpo deste trabalho.

Canotilho chama essa Constituição do Estado Social em “Constituição Dirigente<sup>38</sup>”. A idéia de Constituição Dirigente leva à idéia de que não cabe mais à constituição servir como um instrumento de governo, mas sim determinar um plano global de metas, deve a constituição traçar programas e diretrizes a fim de traçar os objetivos do Estado para com a sociedade. Mas isso requer novos conceitos, novas orientações jurídicas, um novo movimento, como o pós-modernismo.

## 2.2.2 O advento do Direito Pós-Moderno e o Neoconstitucionalismo

Essa nova necessidade de se adequar a real efetividade da Constituição com a nova realidade e anseios da sociedade mundial colocou em xeque o positivismo jurídico, já que este, ao normatizar a razão iluminista, colocou de lado os valores e a moral, focando unicamente os fatos.

Contudo, o pilar do positivismo jurídico, a razão, sofreu dois abalos nos últimos séculos de tamanha relevância que ficou demonstrado que essa “razão” buscada no século da luz nada mais era do que pura ilusão.

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008c, p. 122.

<sup>38</sup> Não iremos aqui tecer comentários minuciosos em relação à mudança de entendimento do mestre Canotilho, que passou a considerar, posteriormente, a “morte da Constituição Dirigente”. Em verdade, Dirley da Cunha júnior assevera que a Constituição dirigente ainda vive, como condição fundamental, aliás, da garantia do cumprimento dos direitos fundamentais sociais reconhecidos no texto constitucional. O ilustre autor ainda nos mostra que, em conferência realizada na *I Jornada de Estudos sobre a Constituição Dirigente em Canotilho*, o próprio mestre enfatiza que a Constituição dirigente não morreu, ele reafirma o compromisso e a capacidade de a Constituição dirigente limitar a liberdade de conformação do legislador e vinculá-lo aos fins que integram o programa constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 126-128).



Em análise do tema, Barroso<sup>39</sup> pontua que o primeiro abalo ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Marx assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo na sociedade, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituíam em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não era fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

Ou seja, a suposta “razão” dependeria, portanto, da classe social do intérprete, da sua posição econômica e política. Exemplificativamente, uma mesma pessoa que figure numa determinada posição sócio-econômica terá em relação a uma hipotética matéria/situação “X” a *razão A*; essa mesma pessoa, figurando numa posição absolutamente oposta à inicial, poderá ter em relação à mesma matéria/situação a *razão B*.

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à “razão” ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não era senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja sempre foi fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por “vontade” do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar com tais posicionamentos que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela sempre será importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão sempre dividiu o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente<sup>40</sup>.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico foi derrotado por suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados apresentados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*, normatiza-se uma determinada situação para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um “dado”, mas uma “criação” do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os gover-

---

<sup>39</sup> BARROSO, 2009b, p. 309-311.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 237.

nantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Em outras palavras, não se pode dizer que algum destes movimentos praticaram ações contra as suas Constituições, ao contrário, tinham a sua guarida. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, indiscutivelmente a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita.

Barroso<sup>41</sup> explica que a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição de relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. Essa nova ideologia deu margem ao surgimento de uma nova teoria de constitucionalidade, o *neoconstitucionalismo*.

Percebe-se, assim, que os ideais propugnados pela modernidade, apesar de terem desenvolvido o mundo moderno, trouxeram grandes conseqüências para a humanidade. Bitar afirma que:

a ciência converteu a si própria em produto, e esta, uma vez tornada produto sob a lupa de investigação do cientista, também se tornou produto na esteira da produção capitalista. Em nome do progresso, portanto, conseguiu-se um regresso tão ilimitado que ameaça colocar a humanidade sob uma catastrófica e irreversível condição de barbarização<sup>42</sup>.

Daí a importância do retorno aos valores, período que os jusfilósofos nomearam de *pós-modernidade*.

A pós-modernidade surge como a necessidade de um período de transição, de revisão da modernidade e de reconstrução de valores, a necessidade de um longo processo de maturação axiológica. Como resultado desse novo período, surge o neoconstitucionalismo.

Enaltecendo a importância dessa transição, Dirley da Cunha Júnior assenta que o neoconstitucionalismo, ou o novo direito constitucional, como também é conhecido, destaca-se como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma de Estado *Legislativo* de Direito, para Estado *Constitucional* de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema, em face do reconhecimento da

---

<sup>41</sup> BARROSO, 2009b, p. 327.

<sup>42</sup> BITTAR, 2009, p. 87.

Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante e obrigatória, dotada de supremacia e intensa carga valorativa<sup>43</sup>.

Com efeito, as novas Constituições passaram a ser verdadeiras normas jurídicas, sendo a norma mais relevante do ordenamento, por isso que dotada de supremacia. Mas tais normas deixaram de ser desprovidas de valor; todo o ordenamento passou a ser centrado nos valores escolhidos por cada carta constitucional. Ilustrativamente, os principais valores da Constituição Brasileira de 1988 são a *soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político*.

Porém, não é só isso. Para Ricardo Maurício Freire Soares<sup>44</sup>:

o neoconstitucionalismo fez com que a Constituição deixasse de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Além disso, as Constituições passaram a incorporar conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade autonomia).

Em verdade, o pós-positivismo não procura destruir os resultados principais do positivismo. Ele apenas procura trazer de volta os valores esquecidos por aquele<sup>45</sup>. Desta forma, esses valores passaram a ingressar nas Constituições com a forma de *princípios*, tanto implícitos como explícitos, servindo de vetores, guias tanto para os intérpretes do Direito como para seus operadores.

É indiscutível que os princípios sempre estiveram presentes no âmbito filosófico e jurídico, mas o que distingue os princípios na era pós-moderna das demais é a sua *normatização*. Os princípios, como visto, passam a ser de cumprimento obrigatório porque passam a ter valor de norma jurídica na nova carta constitucional.

Para Barroso<sup>46</sup>, os princípios possuem três diferentes funções: "condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete". Coadunando com o entendi-

<sup>43</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008c, p. 33-36.

<sup>44</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 78.

<sup>45</sup> No mesmo entendimento, Bittar assenta que a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal) ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão (BITTAR, 2009, p. 108).

<sup>46</sup> BARROSO, 2009b, p. 329.

mento deste trabalho, salienta o eminente autor que na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Ambos os instrumentos interpretativos têm grande importância no mundo jurídico, possuindo o mesmo *status* de norma jurídica e integrando, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete.

Percebe-se, assim, que a perspectiva pós-moderna e pós-positivista influenciou decisivamente na formação de uma moderna hermenêutica constitucional, sendo o Direito considerado um sistema aberto de valores, pluralista e dialético, não restrito apenas aos operadores do direito.

Esse novo olhar sobre o Direito, principalmente o direito constitucional, trouxe duas características marcantes, de acordo com Barroso<sup>47</sup>: “a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional”. Tratar-se-á de tais temas em momento oportuno.

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 340-341.

### 3 A REVOLUÇÃO NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL: A NOVA HERMENÊUTICA

A importância do Neoconstitucionalismo é decisiva para o entendimento do mundo jurídico atual. Com o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, houve uma profunda mudança no modo de se entender o direito, intensas alterações foram realizadas, como o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a revolução na interpretação constitucional.

A forma de se entender e interpretar a constituição é diferente no novo modelo constitucional do antigo sistema, pois este vislumbrava a constituição apenas como um documento político, e não jurídico. Naquele momento, a constituição tinha apenas um caráter político, de sugestão de programas para que os legisladores fizessem as normas devidas a serem aplicadas na sociedade. No novo modelo constitucional, a carta magna passa a ser um *documento jurídico*, que emana ordens e obrigações e não sugestões –, e que impõe uma nova forma de interpretação.

De acordo com a antiga hermenêutica, o intérprete deveria solucionar o caso que lhe era apresentado unicamente com base no relato abstrato da norma. Ou seja, cabia ao intérprete unicamente analisar o fato que lhe era apresentado e procurar no ordenamento jurídico a norma que dispusesse quanto àquele fato concreto. A solução ideal para o caso deveria estar previsto naquela norma. Percebe-se, desta forma, que a função do intérprete era basicamente uma função técnica de conhecer o ordenamento jurídico e “pincelar” no sistema a norma adequada para o caso concreto.

Esse modelo da “velha” hermenêutica solucionou diversos casos e continua a solucionar alguns problemas que ainda são apresentados hodiernamente. Vejamos um exemplo: preceitua a norma constitucional que atingidos os setenta anos de idade o servidor público deverá passar para a inatividade; ocorrendo no caso concreto de um servidor público alcançar a citada idade, a solução jurídica já se encontra no relato abstrato da norma, qual seja, o seu deslocamento para a inatividade. Infere-se, desta forma, que esse modelo de interpretação – que assenta a interpretação na norma, e não no intérprete – ainda é válida e utilizável nos tempos atuais. Contudo, o desenvolvimento acelerado da sociedade, o desenvolvimento dos direitos fundamentais, o aumento na demanda pela efetividade dos direitos fundamentais nos tribunais faz com que cada vez mais surjam casos em que não se encontre a solução adequada para o caso no relato abstrato da norma.

Desta forma, surge a necessidade de uma revolução no papel do intérprete, uma vez que a norma não confere mais a solução para o caso apresentado. Passa o intérprete a ter uma função não apenas técnica ou de conhecimento do ordenamento jurídico, pois como o sistema não diz qual a solução ideal para o caso oferecido, deverá o juiz ter uma função criativa e *designar* o direito em cada caso concreto. E foi justamente isso o que fez o Supremo Tribunal Federal no caso Gloria Treve. A cantora mexicana encontrava-se presa na polícia federal de Brasília e acusou os agentes federais de terem a estuprado, o que teria ocasionado a sua gravidez. Inconformados, os agentes solicitaram, às vésperas do nascimento do bebê, um exame de paternidade para utilizarem de excludente de culpabilidade, afirmando que a acusação da cantora era falsa. Por sua vez, Gloria Treve se negou a fornecer o material genético para o exame de Ácido desoxirribonucleico (DNA), e alegava em seu favor o direito a privacidade, numa linha jurisprudencial do próprio STF.

Percebemos com o caso apresentado que ambas as partes tem seu direito constitucionalmente previsto na Carta Magna: os agentes declaravam em seu favor o direito a ampla defesa e o direito à honra; por sua vez, a cantora trazia o direito a privacidade. Ambos possuem direitos constitucionalmente previstos e não há nenhuma norma no ordenamento jurídico que estipule qual a solução correta num caso como esse apresentado. Dessa forma, cabe ao juiz-intérprete ter uma função criativa e *criar* o direito a cada caso apresentado. Na nossa ilustração, o STF conferiu a razão aos agentes federais, permitindo que o exame de DNA fosse realizado na placenta do bebê – que é um material orgânico descartável – o que possibilitou o conhecimento da mentira da cantora e da inocência dos agentes federais.

Para a solução em casos como esses, deve o intérprete ter uma função criativa, utilizar da ponderação de interesses, da argumentação, da dialética para encontrar qual a solução correta para o caso apresentado.

Sobre o tema, mais do que necessário é o aprofundamento quanto ao papel dos princípios para a nova hermenêutica. Não nos desviaremos deste dever, mas tal compromisso será realizado, neste trabalho, na parte referente aos Direitos Fundamentais, a fim de que possa haver um melhor desencadeamento lógico de idéias para os objetivos desta pesquisa.

Visto isto, veremos alguns destaques hermenêuticos que permitam a possibilidade da concretização dos direitos fundamentais e que dêem subsídios para o combate à omissão inconstitucional por uma via hermenêutica, revelando como a derrocada do positivismo jurídico juntamente com a idéia de legitimidade do Direito, de uma “sociedade aberta” da constituição e da argumentação jurídica têm possibilitado uma nova forma de encarar o Direito.

Veremos, assim, inicialmente, como Habermas visualiza a participação democrática do

povo na formulação do Direito, mudando o foco da razão formal para a razão prática comunicativa.

### 3.1 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

#### 3.1.1 Da razão instrumental para a razão comunicativa

No caminho da emancipação do homem pela razão, indispensável é o estudo do trabalho de René Descartes. Tal autor tinha um único objetivo: encontrar a verdade. Mas, para isso, ele entendera necessário a criação de um método em que a dúvida e as possibilidades não fizessem parte do conhecimento.

Cria, assim, três máximas éticas pelas quais se basearia: a) obedecer às leis e aos costumes do seu país, conservando sempre a religião em que fora instruído desde a infância, afastando-se sempre do excesso das opiniões alheias; b) ser firme e resolutivo nas suas ações, seguindo sempre suas próprias opiniões, por mais duvidosas que fossem; c) mudar o seu modo de ver o mundo antes de tentar mudá-lo<sup>48</sup>.

Descartes ilustrou o seu pensamento, principalmente a segunda máxima, com o exemplo dos viajantes perdidos numa floresta. Para o autor, o viajante, assim como o cientista, deve escolher um caminho e segui-lo até o seu fim, evitando a tendência de tomar um caminho alternativo – não adianta, para Descartes, seguir caminhos que já foram trilhados por outros, pois o final não trará nada de novo ao conhecimento.

No seu entendimento, todo conhecimento científico parte de um pressuposto: a dúvida. Para ele, se houvesse incerteza em relação a qualquer tipo de conhecimento, a hipótese deveria ser colocada em dúvida e questionada. Nesse sentido, ressalta:

[...] uma vez que eu queria dedicar-me somente à busca da verdade, julguei necessário fazer o oposto e rejeitar, como absolutamente falso, tudo aquilo que me despertasse a menor dúvida, para verificar se me restaria qualquer coisa para acreditar que fosse, de fato, totalmente indubitável<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método e regras para a direção do espírito**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 35-37.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 10.

Desta forma, chega Descartes a sua primeira conclusão: se ele era capaz de raciocinar quanto a uma dúvida, significava que ele existia; em suas palavras, *se penso, logo existo*. Ocorre que, se ele não tinha a resposta para todas as suas dúvidas, ou melhor, se ele tinha dúvidas, significava que ele era um ser imperfeito, devendo existir algum *ser* que fosse superior a ele e tivesse todas as respostas: Deus.

Deus significava, portanto, a perfeição. Sendo parte dele, todos os humanos são imperfeitos. Descartes relaciona tais premissas e conclui que a busca da verdade faz o pesquisador criar “deuses”. No momento em que o cientista aprofunda a sua pesquisa e a confronta com outras, ele procura a demonstração da “perfeição” de *sua* pesquisa, sendo as demais imperfeitas. Para isso, contudo, o pesquisador deveria seguir alguns passos:

O primeiro consistia em nunca aceitar como verdadeira nenhuma coisa que eu não conhecesse evidentemente como tal, isto é, em evitar, com todo o cuidado, a precipitação e a prevenção, só incluindo nos meus juízos aquilo que se apresentasse de modo tão claro e distinto ao meu espírito, que eu não tivesse ocasião alguma para dele duvidar.

O segundo, em dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las.

O terceiro, em conduzir por ordem os meus pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para chegar, aos poucos, gradativamente, ao conhecimento dos mais compostos, e supondo também, naturalmente, uma ordem de uns em relação aos outros.

E o quarto, em fazer, para cada caso, enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de não ter omitido nada<sup>50</sup>.

Para o citado filósofo, qualquer conhecimento poderia ser demonstrado racionalmente, inclusive a existência de Deus. “Ele não aceitava mais nenhuma verdade imposta pela fé. Partindo do suporte das demonstrações matemáticas, Descartes construiu um raciocínio dedutivo, que começava por suposições indo até a demonstração de sua hipótese, via experimentações”<sup>51</sup>.

Desta forma, procura-se sempre, através de Descartes, a busca do conhecimento através do racionalismo, mesmo que o conhecimento seja a fé. Nesse sentido, assenta Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>52</sup>:

Ao contrário de Tomás de Aquino, que buscou conciliar fé e razão, ao sustentar que uma não existe sem a outra, Descartes lançou as bases de uma ciência social, inclusive o Direito, desligada da Religião. Desconfiava de uma ciência baseada em evidências sensoriais e, por isso, concebeu uma nova visão do próprio homem com suporte num dualismo que dividia o espírito e o corpo.

<sup>50</sup> DESCARTES, 2007, p. 31-32.

<sup>51</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 26-27.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 27.



Partindo-se dessa idéia de cientificidade, própria da modernidade<sup>53</sup> (movimento para o qual a ordem, o indivíduo e o Estado devem estar em primeiro lugar), ganhou força no século XV, como visto, o *positivismo*.

Frederico Barbosa Gomes leciona que o método positivista de Comte adotava um modelo de ciência baseado na verificabilidade das hipóteses por meio de experimentos empíricos, tendo-se, em função disso, como padrão correto de se fazer ciência o próprio das ciências experimentais e exatas. Por seu turno, os neopositivistas resgatam a idéia positivista, proclamando a existência de verdades dependentes da verificabilidade<sup>54</sup>.

Sendo assim, o sistema jurídico passa a ser considerado completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, analogia, princípios gerais; ou seja, com o avanço científico e tecnológico, a razão ganha novas feições.

Para Jose Bolzan<sup>55</sup>, reforça-se a crença de que a razão, como instrumento do conhecimento, seria capaz de se impor sobre todos os domínios da natureza, expulsando as divindades que por ventura ainda teimosamente insistissem em se manter, o que acarreta em uma explosão fantástica de desenvolvimento em todos os campos do conhecimento. Contudo, afirma o autor que essas mudanças afetaram a estrutura social e cultural da sociedade moderna.

Nesse sentido, ele assenta como uma dessas mudanças a visualizada por Max Weber, para quem a racionalidade acaba tomando a forma de burocratização ou organização racional da ação, o que é inevitável pela própria exigência do desenvolvimento e do progresso.

Da mesma forma, ressalta o autor que Weber relaciona a racionalização com o desencantamento das imagens religiosas e metafísicas. Que ao excluir o valor da magia e da crença nos valores salvíficos, o mundo perde o seu encanto, perde o sentido original que mantinha o homem vinculado à natureza por força inobjetével. Confirma, assim, o entendimento, *in literis*:

Com a racionalização científica o homem não precisa mais das forças ocultas e misteriosas que exigiam repetidamente sacrifícios e oferendas. A razão instrumental, pelo método e pelas regras da lógica, declara-se absolutamente capaz de conhecer e,

---

<sup>53</sup> Em verdade, não há um consenso entre os filósofos sobre quando surgiu a modernidade. De acordo com Eduardo C. B. Bittar, a modernidade para Habermas teria nascido com Hegel, e seu racionalismo onipresente seria a máxima manifestação da vontade colonizadora moderna do mundo. A modernidade, para Foucault, teria nascido com Kant, na medida em que ninguém melhor que ele teria se pronunciado sobre a dimensão do indivíduo e sobre a consciência ética do dever que este filósofo de Königsberg, e a crítica seria a *Aufklärung*. O autor prefere o posicionamento de Castoriadis, para quem a modernidade possuiria três fases: a da formação do Ocidente (séculos XII ao XVII), com as primeiras manifestações da acumulação e da revolução que se preparava no bojo da Idade Média; a da crítica da modernidade, com sua afirmação (século XVIII até a Segunda Guerra Mundial), quando se solidificam os grandes pilares da mudança social, econômica e política das sociedades; a da retirada para o conformismo (Segunda Guerra Mundial em diante), com a queda das hegemonias ideológicas e a retirada para a crítica dos arquétipos da modernidade (BITTAR, 2009, p. 43-44).

<sup>54</sup> GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: uma visão crítica. Belo Horizonte: Forum, 2008.

<sup>55</sup> BOLZAN, Jose. **Habermas**: razão e racionalização. Ijuí: Unijui, 2005. p. 33-37.

conseqüentemente, dominar a natureza por meio do cálculo e da previsão planejada. Em vez das forças ocultas, misteriosas e involuntárias, os meios técnicos, o cálculo rigoroso e o planejamento detalhado se prestam para realizar a intermediação do progresso. Em conseqüência paga-se o preço do artificialismo em que o mundo e o homem são governados como se fossem máquinas pré-programadas.<sup>56</sup>

Sendo assim, infere-se que para a teoria neopositivista o conhecimento só é obtido através do filtro da experiência empírica, adotando-se as premissas de neutralidade axiológica e da objetividade.

Percebe-se, desta forma, uma transformação da razão iluminista<sup>57</sup> para a razão instrumentalista. Enquanto aquela propunha o desvelamento da natureza e o homem como centro racional, esta, através da burguesia, passa a ser usada para dominar as demais classes. “Os teóricos frankfurtianos, percebendo a instrumentalização da razão, tornam-se críticos ferozes de seu modo exclusivo de apresentação, vigente desde a modernidade, quando a verdade foi substituída pela eficácia utilitarista da operacionalidade técnica”<sup>58</sup>.

Surge, assim, a chamada “Teoria Crítica”, tendo como principal meta superar a instrumentalidade e normatividade do paradigma positivista<sup>59</sup>, analisando criticamente a sociedade e as formas de dominação social. O grupo que se destacou na teoria crítica foi justamente a Escola de Frankfurt<sup>60</sup>, da qual Habermas chegou a fazer parte. Sobre a Escola, destaca Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

A proposta da Escola foi a de recuperar ao homem/indivíduo a condição de sujeito histórico. A recuperação de sua autonomia, de seu senso estético, de seus sentimentos, especialmente da compaixão, o resgate da memória e da imaginação como suporte para o pensamento se tornou opção para frear o movimento de autodestruição reinante na 2ª Grande Guerra e no período da Guerra Fria. A arte e a filosofia torna-

<sup>56</sup> BOLZAN, 2005, p. 38.

<sup>57</sup> Vale lembrar que o movimento Iluminista surgiu no período pós-absolutismo. Para os iluministas, era justamente a visão religiosa que impedia o desenvolvimento humano. Defendiam, assim, a razão em detrimento da visão teocêntrica, devendo todos os eventos da vida, naturais ou sociais, passar pelo critério da razão. Buscava a burguesia, com isso, conseguir o seu destaque político, uma vez que o econômico já estava em via de consolidação.

<sup>58</sup> BOLZAN, op. cit., p. 58.

<sup>59</sup> Luís Roberto Barroso destaca que o pilar do positivismo jurídico, a razão instrumentalista, sofreram dois abalos em sua estrutura que ficou demonstrado que essa “razão” buscada nada mais era do que pura ilusão. Ao comentar sobre esses abalos, Barroso assegura que o primeiro ocorreu ainda no século XIX, com Karl Marx. Este assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira de uma *ideologia*, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade. Ou seja, a suposta “razão” dependerá da classe social do intérprete, da sua posição econômica e política.

<sup>60</sup> “A origem do pessimismo da Escola encontra-se exatamente na perspectiva de que a razão instrumental, como mecanismo de castração e dominação do homem, se reproduz e se fortalece sufocando todas as oportunidades na história em que o homem buscou uma sociedade mais fraterna” (CRUZ, 2008, p. 54).

ram-se, então, o único refúgio para o pessimismo frankfurtiano em face da razão instrumental.<sup>61</sup>

Ocorre que Habermas, que chegou a ser assistente de pesquisa de Adorno, acaba se distanciando da Escola Frankfurtiana por começar a desvencilhar o seu pensamento desta Escola. Dentre as críticas que Habermas faz à teoria crítica frankfurtiana, centra-se as deficiências conceituais de “razão”, “verdade” e democracia” propostas pela Escola. Habermas propõe uma nova definição para tais conceitos baseados na intersubjetividade processual própria do discurso argumentativo. “Habermas, então, com o intuito de resolver definitivamente o paradoxo, vê no deslocamento paradigmático para a linguagem a grande virada capaz de superar e ao mesmo tempo dar prosseguimento à Teoria Crítica”<sup>62</sup>.

Habermas, portanto, não abandonará a racionalidade, ele apenas propõe uma nova forma de racionalidade. Ele procura a transformação da razão prática kantiana – a qual propõe a possibilidade de definição de normas de conduta moral baseada em preceitos provenientes da razão – por uma nova razão, a razão comunicativa.

### 3.1.2 A Teoria dos Interesses Imanentes de Habermas

---

<sup>61</sup> CRUZ, 2008, p. 54.

Continua o ilustre autor afirmando que o segundo abalo à “razão” ocorreu com Freud. Freud descobriu que o homem não é senhor absoluto da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o *inconsciente*. Ou seja, o homem nem sempre toma suas decisões em função da razão, mas sim por “vontade” do seu inconsciente.

Barroso não quis demonstrar que a razão perdeu a sua importância, ao contrário, ele afirma que ela é muito importante, mesmo no ordenamento jurídico. O que ele quis demonstrar é que a razão divide o palco da existência humana com, pelo menos, mais dois fatores: a ideologia e o inconsciente.

Mas não foram apenas esses dois fatores que proporcionaram a derrocada do positivismo jurídico. O positivismo jurídico também foi derrotado com suas próprias forças, com sua própria ambição.

O objetivo do positivismo (juntamente com o modernismo) era, utilizando da mesma metodologia utilizada nas ciências naturais, criar uma *ciência do Direito*. Todavia, essa metodologia nunca foi observada nas ciências sociais como nas naturais. Nestas, o método é puramente descritivo, analisa-se os dados para se chegar a uma conclusão. No Direito, a situação é inversa. A norma é um *dever-ser*, normatiza-se uma norma para que a sociedade molde a sua conduta a ela. A norma não é um “dado”, mas uma “criação” do operador do direito.

Ademais, desproporcionados de valores, percebeu-se que as normas jurídicas eram elaboradas sem condão de melhorar a vida em sociedade, mas sim a de beneficiar os governantes que faziam parte da máquina pública. Isso pôde ser visto como a implementação do nazismo e fascismo. Ambos os movimentos, apesar de cometerem atos bárbaros com outros homens, tiveram todas suas ações consubstanciadas em suas respectivas cartas constitucionais. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico desprovido de valores éticos e morais já não era mais aceita (BARROSO, 2001, p. 8-11).

<sup>62</sup> BOLZAN, 2005.p. 70.

Antes de adentrar no conceito da racionalidade habermasiana, deve-se antes entender como o autor percebe a forma de apreensão do conhecimento através dos interesses iminentes.

Inicialmente, “Habermas procurou demonstrar que a idéia de que a produção do conhecimento científico se dava de forma objetiva<sup>63</sup> e neutra era pura ilusão, na medida em que existia uma conexão entre o interesse e o conhecimento produzido”<sup>64</sup>, existindo uma nítida relação entre o interesse e a capacidade de desejar<sup>65</sup>. Nessa medida, Habermas afirma que existem três interesses principais na espécie humana: o técnico, o prático e o emancipatório. Explicando os conceitos de tais interesses, assenta Lúcia Aragão<sup>66</sup> que:

[...] o interesse técnico de prever ou controlar os acontecimentos no ambiente natural está enraizado na necessidade de sobrevivência material, instrumentalizada através do *trabalho*. O interesse prático de assegurar e expandir uma autocompreensão e uma compreensão intersubjetiva, necessárias para a vida em sociedade, está fundamentado na capacidade da *linguagem* de criar relações sociais entre os indivíduos e produzir um mundo comum. O interesse emancipatório em relação a qualquer forma de coação, por sua vez, está vinculado à necessidade de *superar* todas as formas de *dominação* impostas aos homens (grifo nosso).

Habermas procura demonstrar que o conhecimento sempre está vinculado a algum interesse<sup>67</sup>, ou seja, o conhecimento não surge simplesmente do nada, como querem os neopositivistas. Ademais, há uma nítida relação entre o interesse do pesquisador e o conhecimento

---

<sup>63</sup>[...] é possível afirmar que Habermas identifica o neopositivismo como manifestação da chamada razão instrumental que tanto atormentara os frankfurtianos. Uma razão que teria desumanizado a ciência por meio da imposição de uma forma de saber único, baseada no método matemático de descrição da natureza como algo dotado de causalidade, fundada na repetibilidade dos eventos naturais, mecânico, que esperava apenas a intervenção do intelecto humano para ser descrito por meio de leis universais e imutáveis (CRUZ, 2008, p. 66).

<sup>64</sup> GOMES, 2008, p. 179.

<sup>65</sup> “O interesse toma por objetivo o existir, eis que exprime uma relação do objeto que interessa para com nossa capacidade de desejar. O interesse pressupõe uma necessidade, ou então o interesse engendra uma necessidade” (HABERMAS, 1982, p. 220).

<sup>65</sup> ARAGÃO, 2002 apud CRUZ, 2008, p. 65-66.

<sup>66</sup> Desta Habermas que Pierce e Dilthey também se defrontaram com a questão dos interesses, porém, não refletiram acerca deles, não percebendo a conexão existente entre o conhecimento e o interesse. Nesse sentido, exemplifica: “A categoria do interesse, suscetível de orientar o conhecimento, é chancelada pelo interesse inato à razão. Interesse cognitivo técnico e prático só podem ser entendidos isentos de ambigüidade - isto é, sem decaírem ao nível de uma psicologização ou reavivarem os critérios de um novo objetivismo - como interesse orientador do conhecimento em base de sua conexão com o interesse emancipatório do conhecimento da reflexão racional. Pelo fato de Pierce e Dilthey não entenderem sua metodologia como a auto-reflexão da ciência, que ela na verdade é, eles não atingem o ponto de intersecção entre conhecimento e interesse”. (HABERMAS, 1982, p. 219). Mais adiante, ressalta: “Pierce compreende sua lógica da pesquisa em íntimo contato com o processo científico, cujas condições essa lógica analisa: ela é uma disciplina acessória que contribui para a institucionalização e aceleração do processo investigatório em seu conjunto e, como tal, promove a progressiva racionalização da realidade. Dilthey entende sua lógica das ciências do espírito em relação com o avanço da hermenêutica cujas condições sua lógica analisa: ela é uma disciplina acessória que contribui para a propagação da consciência histórica e para a atualização estética de uma vida histórica onipresente. Nenhum dos dois leva em consideração se a metodologia não reconstrói, como teoria do conhecimento, experiências mais radicais da história da espécie e não conduz, assim, a um novo estágio da auto-reflexão no processo formativo da espécie humana” (HABERMAS, 1982, p. 233).

produzido, o que faz com que cada tipo de interesse tenha o seu referido conhecimento. Desta forma, o interesse técnico, baseado no trabalho, dará luz às ciências empíricas, enquanto que o interesse prático, com esboço na linguagem, fará surgir as ciências histórico-hermenêuticas; por seu turno, o interesse emancipatório entusiasmará a ciência crítica.

Essa correlação entre o interesse e o conhecimento trouxe à tona duas questões basilares contra a ideologia neopositivista:

[...] a primeira diz respeito ao mito da neutralidade/objetividade científica, cuja crença permitiria aos cientistas a construção de um conhecimento alheio a discussões éticas, pragmáticas e morais; o segundo refere-se à construção de um pensamento que possibilitaria encontrar meios para que o homem pudesse se emancipar de todas as formas de dominação<sup>68</sup>.

Percebe-se, assim, que todo conhecimento está atrelado a um interesse do pesquisador, não ocorrendo a dita neutralidade/objetividade positivista, bem como foi necessário o desenvolvimento de uma ciência que permitisse uma melhor compreensão dos aspectos psicológicos e sociológicos do pesquisador: a psicanálise.

Podemos afirmar, desta maneira, que a dominação e a ideologia da racionalidade instrumental consubstanciavam como formas de deturpação da comunicação, o que acabou por deformar completamente a atividade comunicativa. O meio encontrado por Habermas de proceder a uma auto-reflexão da linguagem sobre ela mesma deveria ser com base em uma teoria crítica baseada na psicanálise.

### 3.1.3 A Teoria do Agir Comunicativo

#### 3.1.3.1 A linguagem e os mundos

A razão comunicativa habermasiana ilustra uma visão de sociedade completamente oposta à razão prática kantiana. Para esta, o homem seria capaz de encontrar as leis que seriam universalmente válidas utilizando-se apenas da *sua* própria razão.

Habermas critica a metodologia kantiana em dois pontos principais: em primeiro lugar, a diferenciação entre o que é moral e o que é Direito é feita de forma solitária de cada

---

<sup>68</sup> GOMES, 2008, p. 181.

indivíduo, não tendo o sujeito contato com outros a fim de discutir a questão; por outro lado, o conceito advindo deste indivíduo solitário pretendia-se universal, não se levando em conta o período, as tradições e a cultura de outras pessoas.

Não é possível a criação de normas de agir que tenham a pretensão de ser válidas universalmente para a razão kantiana, já que, para isso, dever-se-ia levar em conta as tradições, valores e cultura dos vários envolvidos. Habermas utiliza da reviravolta lingüística para demonstrar que o deslocamento da questão do conhecimento que transita de uma consciência solitária e absoluta para o horizonte mais amplo da comunicação, em que o sujeito é obrigado a sair do seu lugar privilegiado de observador imparcial para participar da interação discursiva, partilhando de novas idéias e novos “saberes” traz em si a idéia da razão comunicativa.

Acerca desse novo paradigma proposto por Habermas, explica Jose Bolzan<sup>69</sup> que essa teoria da competência comunicativa é essencialmente *processual*, pois está fundado na intersubjetividade discursiva da práxis lingüística no âmbito vivencial, a qual fundamenta-se na linguagem comum da pluralidade de sujeitos que procuram livre e discursivamente chegar ao consenso sobre algo no mundo, superando, assim, o egoísmo intrínseco a cada um dos participantes da discussão. No mesmo sentido, Frederico Barbosa Gomes assenta que “[...] a razão comunicativa deve ser vista, do ponto de vista normativo, em sentido fraco, na medida em que não se predispõe a editar normas para o agir, mas sim estabelecer *procedimentos* nos quais tais questões possam ser problematizadas e discutidas pelos participantes”<sup>70</sup> (grifo nosso).

A nota distintiva metodológica da teoria habermasiana, portanto, centra-se na *linguagem*. Ela pode ser vista como a teia na qual todos estariam presos, devendo toda compreensão da realidade passar por seu entendimento<sup>71</sup>. É justamente a linguagem que leva à possibilidade de *comunicação* entre as pessoas, pois para haver comunicação, para haver *razão comunicativa*, mister haver, no mínimo, dois participantes.

Desde já, infere-se uma nítida diferença entre a razão comunicativa e a razão prática kantiana. Enquanto esta propunha a solidão do indivíduo para a busca de suas próprias regras, aquela empreende um caráter socializatório à sua tese, afirmando que a existência de normas só ocorrerá com a sua devida discussão.

E é justamente a idéia da linguagem que leva Habermas a criar o seu conceito de *discurso*. O discurso, para ele, difere dos atos de fala ordinários por ser um ato de fala especial, em que o objetivo final é o consenso entre os participantes, buscando-se, assim, o resgate das pretensões de validade das assertivas e proposições entre eles. Contudo, para que se che-

---

<sup>69</sup> BOLZAN, 2005, p. 80.

<sup>70</sup> GOMES, 2008, p. 186.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 187.

gue ao consenso é necessário haver uma “situação de fala ideal”. De acordo com Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>72</sup>, são pré-requisitos para o consenso através da linguagem:

[...] a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença da diferença e do pluralismo); o *médium* lingüístico (supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida); ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso (grifos do autor)

Ressalta Habermas que a linguagem pode ocorrer em diferentes estados de vivência, o qual ela chama de *mundos*. Em cada mundo existiria uma pretensão de validade diferente adequada à sua característica. Em relação a esses “estados de vivencia”, ressalta a existência de três mundos: o objetivo, o subjetivo e o social.

O mundo *objetivo* seria aquele comum a todos os seres, a natureza, como plano da exterioridade; o *subjetivo*, refere-se à interioridade do indivíduo, aquele em que se preserva a sua identidade, a sua essência; já o *social* caracteriza-se pela intersubjetividade, isto é, pelo espaço da convivência entre os diversos indivíduos em uma sociedade<sup>73</sup>.

Como existem vários mundos diferentes, percebe Habermas que cada um deles possui uma pretensão de validade diferente; fala-se, então, em pretensões de *verdade* para o mundo objetivo; pretensões de *veracidade* para o mundo subjetivo; e pretensões de *correção normativa* para o mundo social.

### 3.1.3.2 O Agir Comunicativo e o mundo da vida

Habermas entende que há duas maneiras das pessoas se relacionarem na vida: ou duas pessoas podem tentar obter o *entendimento mútuo* com relação a um determinado tema; ou, desconsiderando-se a tentativa de entendimento mútuo, cada um deles pode usar de subterfúgios para tentar prevalecer a sua vontade, procurando a satisfação de seus próprios interesses.

Na primeira hipótese, tem-se a idéia do *agir comunicativo*, no qual a busca do entendimento mútuo através do discurso leva à tese da integração social. Por outro lado, quando

<sup>72</sup> CRUZ, 2008, p. 89.

<sup>73</sup> GOMES, 2008, p. 188.

cada um procura unicamente satisfazer os seus próprios interesses, tem-se aqui a idéia do *agir teleológico*. Neste caso, “há uma manipulação do aspecto subjetivo da compreensão, para que os fins pretendidos sejam alcançados”<sup>74</sup>.

O agir teleológico pode ser subdividido em *agir instrumental* e *agir estratégico*. Enquanto no primeiro a preocupação centra-se em escolher o *meio* adequado para se atingir o fim pretendido, o segundo baseia-se na *conduta* a ser escolhida pelo falante para que o seu desejo seja alcançado<sup>75</sup>. Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>76</sup> exemplifica essa diferenciação:

O agir instrumental de um indivíduo que levanta/aciona o interruptor para iluminar a sala de uma casa claramente se distingue do agir estratégico do subordinado que elogia seu superior tão-somente para obter uma promoção. Enquanto o agir instrumental se vale de utensílios para alcançar um controle mais eficiente do meio circundante, o outro – agir estratégico – pauta-se pela escolha racional de preferências em um processo de adequação de meios a certos fins.

Habermas não nega a existência, nas sociedades complexas, do agir estratégico, de ações em que as pessoas buscam unicamente a sua satisfação, mas assenta que a única forma de se alcançar a integração social deve ser através de um agir comunicativo, procurando sempre o entendimento mútuo através do consenso<sup>77</sup>.

Ocorre que a grande dificuldade centra-se justamente em se buscar um parâmetro para se alcançar o entendimento mútuo numa sociedade marcada por desejos antagônicos e pela divergência de opiniões. Numa sociedade complexa como a atual, Habermas precisou criar um conceito em que as partes antagônicas do discurso pudessem ter uma intersecção intersubjetiva de interesses. A isso ele chamou de *mundo da vida*.

<sup>74</sup> GOMES, 2008, p. 193.

<sup>75</sup> Habermas, diferenciando o seu conceito de agir teleológico e comunicativo dos de Marcuse e Weber, afirma que “[...] a acção instrumental orienta-se *por regras técnicas* que se apoiam no saber empírico. Estas regras implicam em cada caso prognoses sobre eventos observáveis, físicos e sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas. O comportamento da escolha racional orienta-se por *estratégias* que se baseiam num saber analítico. Implicam deduções de regras de preferência (sistemas de valores) e máximas gerais; estas proposições estão deduzidas de um modo correcto ou falso. A acção racional teleológica realiza fins definidos sob condições dadas; mas, enquanto a acção instrumental organiza meios que são adequados ou inadequados segundo critérios de um controlo eficiente da realidade, a acção estratégica depende apenas de uma valoração correcta de possíveis alternativas de um comportamento, que só pode obter-se de uma dedução feita com o auxílio de valores e máximas. (HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 57).

<sup>76</sup> CRUZ, 2008, p. 92.

<sup>77</sup> Jose Bolzan ressalta que para Habermas o *entendimento* “é o instrumento por meio do qual os participantes do processo cooperativo iniciam o jogo da disputa argumentativa com vista ao acordo sobre a validade ou não de um ato de fala. ‘Acordo’ é o reconhecimento comum das pretensões da validade vinculadas a um ato de fala como resultado da disputa argumentativa estabelecida entre os participantes do processo. O ‘consenso’ é o resultado criticável, qualitativamente melhor, que se produz quando houver o reconhecimento por parte de todos os participantes do processo interativo das pretensões de validade criticáveis, mesmo em relação àquelas indiretamente implicadas, isto é, na ação comunicativa o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade contida num ato de fala exige o reconhecimento também das demais pretensões referentes aos mundos não tematizados, na que de certa forma sentem implicitamente o abalo dos questionamentos (BOLZAN, 2005, p. 100).



O agir comunicativo, para Habermas, serve de pano de fundo do mundo da vida, no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o *iniciador*, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o *produto* das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria.

Habermas chamou de mundo da vida a situação em que os participantes se entendem acerca de algo no mundo, seria “um horizonte comum de sentidos e de conhecimentos que são atemáticos e não problematizados, que lhes fornecem um espaço no qual os que agem comunicativamente têm a possibilidade de se entenderem e de se fazerem entendidos [...]”<sup>78</sup>.

De acordo com Jose Bolzan, o mundo da vida possui três características basilares: a) A certeza imediata, ou o caráter não problemático; b) A força totalizadora; c) A totalidade codada.

Para o citado autor<sup>79</sup>, a primeira característica refere-se ao saber implícito. Constitui-se na bagagem de sentidos que envolve a todos os indivíduos, quer eles queiram ou não, da qual lança-se mão constantemente e inconscientemente a fim de apoiar suas tematizações, discursos, ações e opiniões. Caracteriza-se por ser sempre acessível ao sujeito, tendo um contexto imediatamente familiar e acessível.

A segunda característica tem o mundo da vida como pano de fundo das relações sociais, sendo ele necessário para a manutenção, a ordem e a evolução da sociedade, se constituindo num estoque de conhecimento cultural que os membros de uma sociedade partilham.

Por último, a terceira característica afirma que os limites do mundo da vida não podem ser transcendidos, pois formam o cenário no qual os horizontes situacionais se contraem e se expandem ao mesmo tempo.

Desta forma, infere-se que o mundo da vida “tem por função não apenas funcionar como um horizonte comum de sentido, mas serve, sobretudo, como um meio linguisticamente estruturado no qual o dissenso e o risco de incompreensibilidade são amortecidos, tornando possível, estão, a busca do entendimento comum”<sup>80</sup>.

Vale ressaltar, também, que o mundo da vida compõe-se de três estruturas fundamentais: a cultura, a sociedade e a personalidade, bem como se compõe de uma dupla dimensão: a transcendental e a empírica.

Em relação às três estruturas do mundo da vida, destaca Frederico Barbosa Gomes que por *cultura* entende-se a esfera própria das artes, das normas de conduta social, tais como

---

<sup>78</sup> GOMES, 2008, p. 195.

<sup>79</sup> BOLZAN, 2005.

<sup>80</sup> GOMES, 2008, p. 196.

o Direito e a moral; por *sociedade*, as instituições sociais, como a família, a Igreja e o Estado; por *personalidade*, questões inerentes à estrutura individual, referindo-se ao âmbito interno de cada um. Observa o autor, contudo, que essas estruturas não devem ser vistas de forma isolada, mas sim em interação uma com a outra, no qual o meio de interatividade seria justamente a linguagem<sup>81</sup>.

Leciona o mesmo autor que a dimensão transcendental está relacionada com o pano de fundo no qual o horizonte de sentido se faz presente, absorvendo o risco de dissenso e tornando possível a dimensão recíproca. Já a dimensão empírica faz com que o saber não problematizado possa ser tematizado em uma prática discursiva.

A interação entre essas duas dimensões, relacionadas com os três componentes do mundo da vida, “abre a possibilidade para a aprendizagem e a evolução social, significando, em outras palavras, que o mundo da vida comporta a totalidade e a multiplicidade, ambas conseguindo conviver lado a lado”<sup>82</sup>.

O grande problema da Modernidade reside no fato de que alguns sistemas sociais não estão atrelados ao conceito de mundo da vida, como a economia e o Estado<sup>83</sup>, o que levou tais sistemas a criarem a sua própria linguagem, orientando-se exclusivamente segundo um agir teleológico.

Ressalta Jose Bolzan que o desenvolvimento da burocratização e da economia de mercado leva a algumas patologias na Modernidade<sup>84</sup>. Em primeiro lugar, há um desacoplamento entre o mundo da vida e o sistema, permitindo-se a submissão do homem às leis do mercado e à burocratização estatal – diante das quais os homens sentem-se impotentes, como se estas fossem forças naturais ocultas que escapam do controle humano.

A segunda patologia decorre do desenvolvimento da primeira. Diz respeito ao que Habermas denomina de *colonização do mundo da vida*, decorrente do crescente fortalecimento do sistema, o qual passa a impor sua própria lógica, a lógica do mercado.

As pessoas, assim, na Modernidade, tendem a agir centradas na burocratização administrativa e na economia de mercado, operando-se, desta forma, de acordo com o agir teleológico, próprio dessas esferas de sistemas. A esse fenômeno em que se deixa de agir de forma

---

<sup>81</sup> Ibid., p. 196-198.

<sup>82</sup> BOLZAN, 2005, p. 112.

<sup>83</sup> “A economia passa a ser regulada pelo mercado tendo como base o lucro, o cálculo, a rentabilidade, e o poder é controlado pelo Estado com a colaboração do sistema jurídico, da burocracia, do exército e da polícia. O alto nível de racionalização da economia e de organização administrativa do Estado permitem um desacoplamento, ou seja, um distanciamento crescente entre o mundo da vida e sistema, tornando o Estado e a economia auto-suficientes e por isso mesmo capazes de se impor sobre o mundo da vida” (BOLZAN, 2005, p. 117).

<sup>84</sup> BOLZAN, 2005, p. 120-121.

comunicativa para uma ação teleológica em virtude da burocratização e da economia de mercado Habermas conceitua como *colonização do mundo da vida*.

Ressalta Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>85</sup> que o problema da Modernidade reside justamente na impossibilidade das esferas sociais agirem comunicativamente, com o objetivo do entendimento mútuo. Nesse sentido, ilustra como desencantamento da modernidade as consequências provenientes do pós segunda grande guerra.

O pós-segunda grande guerra trouxe inúmeras novidades nas sociedades contemporâneas. A primeira delas se manifesta como uma verdadeira desilusão humana com a própria condição de ser humano. O genocídio de um milhão e meio de armênios pelos turcos entre os anos de 1912 e 1915 não foi ato isolado do século vinte. Os campos de concentração nazistas e gulags soviéticos do período stalinista assassinaram perto de vinte milhões de seres humanos. O emprego desnecessário das bombas atômicas em Hiroxima e Nagasaki, bem como o bombardeio aliado à cidade alemã de Dresden e o uso indiscriminado de napalm no Vietnã são exemplos de uma barbárie até então sem precedentes na história.

Por outro lado, afirma o autor<sup>86</sup> que a Modernidade não trouxe consigo apenas desilusão e indiferença, não se resumindo o mundo a um incessante jogo de poder. Ilustra o autor que, se assim o fosse, não existiriam figuras como madre Teresa de Calcutá, Mahatma Gandhi, Martin Luther King, Nelson Mandela e outros. Todos eles, ressalta, dedicaram suas vidas ao respeito à diferença, ao respeito ao pluralismo étnico, religioso, político, moral e ético. Nesse sentido, destaca que o compromisso com a inclusão do outro, com a manutenção de formas tradicionais de cultura e das noções de pertencimento a um grupo social, o desenvolvimento do senso estético nas artes plásticas, na música, na poesia figuram como o oposto do modelo de burocratização social. Afirma, ainda, que ainda hoje formas tradicionais de cultura, diferenciadas por aspectos regionais, étnicos e religiosos continuam a se reproduzir à margem do sistema econômico.

Sendo, assim, a fim de demonstrar a possibilidade de uma sociedade justa e solidária, enaltece Habermas o papel do Direito, ressaltando que, para ser efetivamente aplicado na vida cotidiana, mister que ele seja legítimo. Essa legitimidade do Direito pode ser visualizada sob duas óticas: ou se reconhece como sendo obrigatória uma conduta, porque a norma que a estabelece foi produzida de acordo com o procedimento previsto no ordenamento jurídico para tanto; ou se leva em conta as razões que informam a própria conduta, discutindo os argumentos que a sustentam e que a fazem ser devida por todos os atingidos<sup>87</sup>.

Habermas não entende o Direito apenas como *médium* – aquele em que o Direito se

---

<sup>85</sup> CRUZ, 2008, p. 102.

<sup>86</sup> Ibid., p. 109-110.

<sup>87</sup> GOMES, 2008, p. 203.

consubstancia apenas pela legitimidade das suas normas advindas com o procedimento anteriormente previsto pelo ordenamento jurídico – mas, principalmente, como instituição, exigindo-se sempre um debate mais profundo sobre as normas que lhes são atribuídas. Nesse sentido, conclui Frederico Barbosa Gomes<sup>88</sup>:

Por esse raciocínio, seria possível imaginar o Direito sob um duplo aspecto: na condição de *médium*, quando, então, desempenharia papel de ser instrumento de sistematização/organização do poder administrativo e do poder econômico, propiciaria o fenômeno da “colonização do mundo da vida”, ao passo que como instituição abrir-se-ia a discutir questões moral e eticamente relevantes no seio da sociedade, não admitindo que a sua legitimidade viesse apenas da correção procedimental de sua gênese, mas sim que estivesse relacionada com tais discussões.

Desta forma, percebe-se que Habermas procura dar um novo tratamento ao Direito, colocando-o como uma possibilidade de se conseguir, numa sociedade moderna, chegar a uma sociedade justa e solidária, através de um novo conceito de democracia.

### 3.1.4 Entre a facticidade e a validade

#### 3.1.4.1 *O Direito e a moral*

Primeiramente, deve-se analisar a relação que Habermas faz entre o Direito e a moral. O autor faz, inicialmente, um estudo do desenvolvimento moral do indivíduo, baseando-se nas obras de Kohlberg, para tentar compreender em que estágio se encontra a sociedade moderna. Para Kohlberg, o desenvolvimento moral é um pleno processo de aprendizagem, podendo ser classificado em três estágios diferentes: o pré-convencional, o convencional e o pós-convencional.

No primeiro estágio, o pré-convencional, a avaliação moral do indivíduo ainda não se baseia em normas, uma vez que ainda não as compreende. Nesta fase, o indivíduo age unicamente em busca do prazer, evitando-se a dor e o castigo<sup>89</sup>. Neste estágio evolutivo, “Da mesma forma que uma criança procura aprender padrões lingüísticos estabelecidos ou com-

---

<sup>88</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>89</sup> Nesse sentido, GOMES, 2008, p. 208.

preender regras de comportamento social, a comunidade está ainda estabelecendo normas de comportamento social”<sup>90</sup>.

Já na fase convencional, o indivíduo já reconhece a existência de normas (sejam elas religiosas, sociais, econômicas, etc.) e as levam em consideração no momento do seu agir. Neste momento, o indivíduo reconhece as normas e não as questiona, nem quanto a sua validade ou legitimidade; ele simplesmente age como “ordenado” pela norma, sem a questionar. “Comparada à aprendizagem, a criança já compreendeu as regras sociais, delas sabendo utilizar-se. Assim, se na etapa anterior ela não sabia mentir, ou se considerava negativa toda e qualquer mentira, agora ela já conhece o valor da chamada ‘mentira social’”<sup>91</sup>.

O último estágio corresponde ao pós-convencional. Neste, o indivíduo reconhece as normas, mas as questiona, a partir dos ideais de direitos humanos, de reciprocidade e de princípios universais. “Numa metáfora, poder-se-ia dizer que na moralidade pré-convencional o indivíduo está aprendendo as regras do jogo. Na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo. Finalmente, na pós-convencional ele se torna capaz de criticar tais regras”.

Desta forma, infere Habermas que a sociedade moderna, plural e complexa, se encontra no estágio pós-convencional, no qual a moral não possui mais o antigo peso valorativo de concepções religiosas. Ao invés disso, Habermas visualiza a moral sob uma perspectiva procedimental, “na medida em que se predestina a resolver conflitos a partir de uma perspectiva individual e caracterizada pela reciprocidade”<sup>92</sup>.

Habermas, assim, nega a antiga e arcaica visão de que o Direito estava subordinado à moral. Em verdade, assenta o autor que ambos os institutos estão em relação de co-originariedade. Na medida em que não existe mais a garantia metafísica da integração social (baseada na força do sagrado e dos costumes), a sociedade chega a um impasse:

[...] como já não mais existe uma garantia metafísica da integração social, caso se atribuísse apenas à moral essa função, de um lado, apesar de reforçar a busca por um entendimento baseado na reciprocidade e na força do melhor argumento, o que garantiria um alto grau de legitimidade dos consensos, por outro a sociabilidade estaria fortemente comprometida, na medida em que não se teria uma solução para aqueles casos em que os parceiros agissem estrategicamente, quando, estão, em risco estaria a própria integração social.<sup>93</sup>

E é justamente nesse dilema que surge o Direito. Para Habermas, a integração social só pode existir se, tendo a possibilidade do agir estratégico, o indivíduo escolha o agir comunicativo. Percebe-se, então, que o Direito trouxe novos horizontes para os indivíduos, haja

<sup>90</sup> CRUZ, 2008, p. 144.

<sup>91</sup> Ibid., p. 146.

<sup>92</sup> Nesse sentido, GOMES, 2008, p. 211.

<sup>93</sup> GOMES, 2008, p. 213.

vista que: a) não exige mais dos indivíduos que hajam unicamente em busca do consenso; b) possibilita a escolha entre cumprir a norma ou agir por via estratégica; c) retira a carga dos indivíduos de *ter que* fundamentar moralmente suas ações, podendo mesmo desobedecê-la, tendo como contrapartida a referida sanção.

Sendo assim, o Direito e a moral passam a ser vistos como dois modos de agir distintos, tendo ambas por função a normatização de condutas do agir. Destaca-se, assim, que:

[...] enquanto a moral, a partir de um ponto de vista *pós-convencional*, se preocupa com a resolução de conflitos com base na reciprocidade e na busca de um consenso que se funda no igual interesse de todos, sobrecarregando, portanto, os parceiros com o peso da motivação das tomadas de posição, de outro lado o Direito alivia esse peso por contar com uma *dimensão institucional* e por poder lançar mão da sanção como mecanismo destinado à garantia da integração social, o que, contudo, não lhe dá a condição de ser apenas um meio para a ação estratégica.<sup>94</sup>

A moral e o Direito para Habermas, portanto, estão em relação de co-originariedade, não havendo subordinação de um em relação ao outro. Ademais, enquanto Habermas considera que a moral é um sistema de saber, ele percebe o Direito como um sistema de saber e de ação, *in literis*: “O direito é sistema de saber e, ao mesmo tempo, sistema de ação; ele pode ser entendido como um texto repleto de proposições e interpretações normativas ou como uma instituição, isto é, como um complexo de regulativos de ação”<sup>95</sup>.

#### 3.1.4.2 A reconstrução do Direito

A fim de entender a nova formulação do Direito, Habermas propõe alguns conceitos e novos entendimentos. Desta forma, em virtude da possibilidade da ação poder se basear em normas morais ou jurídicas entende Habermas que, no momento da escolha de qual tipo de norma usar, a moral ou jurídica, o indivíduo faz uma reflexão acerca dos juízos imparciais que compõe a sua conduta. O que justamente fundamentaria essas normas de ação é o Princípio do Discurso.

<sup>94</sup> Ibid., p. 217.

<sup>95</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 150. v. 1.

Nas suas palavras, Habermas conceitua o Princípio do Discurso como sendo “[...] as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”<sup>96</sup>.

Contudo, o princípio do discurso terá suas formas distintivas a depender do seu âmbito de incidência. Sendo assim, ao incidir sobre a *esfera normativa da moral*, o princípio em tela se comporá no *princípio da Moralidade*; por outro lado, se a incidência for sobre a *forma jurídica*, o princípio será o da *democracia*.

Esclarece Habermas que o princípio da Moralidade “[...] resulta de uma especificação do princípio geral do discurso para normas de ação que só podem ser justificadas sob o ponto de vista da consideração simétrica dos interesses”<sup>97</sup>, enquanto o princípio da democracia enaltece que “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização jurídica”<sup>98</sup>.

Cabe ainda destacar que Habermas visualiza a união entre o princípio do discurso à forma jurídica, o que tem como consequência não apenas a ascensão do princípio da democracia, mas também o surgimento de um sistema de direitos composto por cinco categorias de direitos fundamentais, quais sejam:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;  
[...]
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direito e da configuração politicamente autônoma da proteção judicial individual;  
[...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo;  
[...]
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).<sup>99</sup>

Cabe salientar que, de acordo com Habermas, “[...] de um lado, as primeiras três categorias de direitos constituem representantes insaturados para a especificação de direitos fundamentais singulares, portanto princípios jurídicos pelos quais o legislador constitucional

<sup>96</sup> Ibid., p. 142.

<sup>97</sup> Ibid., p. 143.

<sup>98</sup> Ibid., p. 145.

<sup>99</sup> HABERMAS, 2003, p. 159-160.

se orienta [...]”<sup>100</sup>, servindo de *medium* para do direito. Já as duas últimas categorias prevêem a possibilidade da autonomia pública intervir na formação da vontade, interferindo nos processos públicos de tomada de decisão. Nesse sentido, afirma que “O princípio do discurso só pode assumir a figura de um princípio da democracia, se estiver interligado com o *medium* do direito, *formando* um sistema de direitos que coloca a autonomia pública numa relação de pressuposição recíproca”.

Percebe-se, assim, que as categorias de direitos acima mencionados servem ao mesmo tempo como uma condição para o discurso com um resultado desse mesmo discurso, havendo sempre participação da autonomia pública<sup>101</sup>.

Sucedo que, com a modernidade, passaram a existir dois planos de dignidade da vida: o comunitário, representado pelo espaço público, e o individual, representado pela esfera privada da vida de cada um<sup>102</sup>.

Ressalta Frederico Barbosa Gomes que essa diferenciação é muito bem observada na modernidade. Explica o autor que a época anterior à modernidade tinha como esfera de felicidade o plano da esfera pública, enquanto a modernidade tornou o indivíduo um ser individual, estando sua felicidade, nesta fase, limitada à sua esfera privada.

Isso fez com que surgisse um novo modelo social, baseado no individualismo e na esfera privada. Posteriormente, com a falência do projeto burguês, o Estado volta a se erguer. Num contexto em que os subsistemas sociais estavam funcionalmente diferenciados, desencantados e racionalizados apenas a emergência de um Estado Democrático de Direito poderia re-estabilizar a sociedade. A dificuldade passava a ser em que modalidade de Estado Democrático de Direito deveria a sociedade ser fundamentada: num sistema liberal ou republicano.

Em apertada síntese<sup>103</sup>, pode-se diferenciar os liberais como sendo aqueles que dão primazia à esfera individual de escolha, na qual a autonomia do cidadão deve ser lida a partir de sua perspectiva privada, ou seja, devendo -lhe garantir um espaço no qual ele possa escolher quais são os caminhos que ele quer trilhar para ser feliz, em que possa perseguir estrategicamente os seus interesses.

Por sua vez, republicanos são aqueles que dão ênfase não à dimensão privada, mas a pública, pois afirmam que é justamente quando os valores determinantes de uma comunidade

---

<sup>100</sup> Ibid., p. 163.

<sup>101</sup> Nesse sentido, ressalta o autor que: “Não é mais preciso limitar os discursos jurídicos através de uma restrição lógica dos conteúdos morais. Eles não constituem em casos específicos de argumentações morais, ligados ao direito vigente, limitados, por isso, a uma parte daquilo que é moralmente permitido ou necessário. Eles são, ao invés, referidos naturalmente ao direitos gerado democraticamente e institucionalizados juridicamente” (HABERMAS, 2003, p. 292).

<sup>102</sup> Nesse sentido, GOMES, 2008, p. 228.

<sup>103</sup> Nesse sentido, GOMES, 2008, p. 228-231.



são discutidos, avaliados e refletidos, numa releitura e rememoração do ato fundacional, é que se podem traçar os rumos de uma sociedade democrática.

Habermas se distancia dessas duas posturas, procurando entender o fenômeno jurídico não mais de forma isolada, mas entremeio à tensão entre facticidade e validade inerente ao fenômeno jurídico, pois, modernamente, o indivíduo quer ser feliz tanto na sua vida privada como quer estabilidade na esfera pública. Sendo assim, adota uma concepção de política deliberativa, na qual reconstrói uma nova relação entre autonomia pública e privada<sup>104</sup>.

Dessa forma, entende Habermas, assim como Häberle, que o indivíduo deve ter participação na vontade política de sua sociedade, pois para poder alterar a esfera pública ele também precisa ter direito a falar e ser ouvido. E é apenas dessa forma, para os autores, que poder-se-á chegar a uma sociedade justa e igualitária.

### 3.1.4.3 O discurso de fundamentação e de aplicação

Habermas sustenta que existem dois tipos de discursos no Direito: o de Fundamentação e o de Aplicação. O discurso de fundamentação habermasiano é baseado no processo de *criação* das normas jurídicas, as quais são passíveis de consideração de argumentos morais, ético-políticos e pragmáticos, com possibilidade ampla de participação. E é justamente por isso que eles devem ser “decodificados” pelo princípio de democracia e pelos direitos fundamentais, para que o produto final seja uma norma válida – ou seja, a depender do tempo e do local, a “decodificação” poderá ter como resultado produtos diferentes.

Já o discurso de aplicação leva em consideração não apenas a existência da norma jurídica<sup>105</sup>. O que garante a aplicação da norma não é a sua existência no ordenamento jurídico, mas a sua *relação* com o caso concreto, no qual todas as circunstâncias do caso são analisadas e compatibilizadas com a norma jurídica. Sobre o tema, afirma Habermas que:

<sup>104</sup> Habermas, então, partindo dessa nova concepção de política deliberativa, reconstrói uma nova relação entre autonomia pública e privada, pois, para ele, não é possível se olhar a autonomia do cidadão apenas por uma perspectiva privada ou pública, porquanto ela encerra as duas em si mesma, já que o cidadão apenas terá condições de participar dos processos públicos de tomada de decisão se ele tiver garantida a sua esfera privada, ao mesmo tempo em que esta somente será preservada e terá os seus contornos definidos no debate público, no qual haja o exercício de sua autonomia pública, razão por que não se pode falar em supremacia de uma em face de outra, mas sim na existência de um nexo interno entre elas” (GOMES, 2008, p. 236).

<sup>105</sup> “Que uma norma valha *prima facie* significa apenas que ela foi *fundamentada* de modo imparcial; para que se chegue à decisão válida de um caso, é necessária a *aplicação* imparcial. A validade da norma não garante por si só a justiça no caso singular” (HABERMAS, 2003, p. 270).

Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. Uma vez que toda a norma abrange apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação [...] <sup>106</sup> (grifos do autor).

Infere-se, aqui, que não cabe ao aplicador avaliar se a norma é justa ou não. Sua obrigação é apenas adequar a norma ao caso concreto, observando as várias circunstâncias fáticas particulares do caso. Ocorre que, a vigência de uma norma injusta, o que aparece decorrente de uma falha na depuração do princípio da democracia e dos direitos fundamentais (uma falha, portanto, no princípio da fundamentação), pode trazer graves problemas ao ordenamento jurídico. Se ao juiz não cabe avaliar o conteúdo da norma, o que se poderia fazer?

É através desse impasse que surge o Direito como uma criação democrática, pois, apesar do juiz não poder avaliar o conteúdo da norma, ele poderá “controlá-la” com base na constituição, o que se denomina de controle de constitucionalidade. Perceba que aqui não há um discurso de fundamentação, mas propriamente o da aplicação, pois, ao invés de se *aplicar* a norma ao caso concreto, aplica-se a *Constituição* ao caso. Se as conseqüências de cada aplicação exposta for diferente uma da outra, significa que a norma é injusta, devendo ser afastada do ordenamento jurídico.

Habermas consegue, assim, demonstrar que é possível a criação de um Direito legítimo e democrático, na medida em que abre o seu discurso de formação aos mais variados tipos de argumentos e admite o maior número possível de participação, conforme nas regras procedimentais previamente estabelecidas, bem como também apresenta um mecanismo para se determinar a sua adequada aplicação aos casos concretos, sem que se tenha que recorrer a fundamentos metafísicos ou escatológicos para a sua legitimação <sup>107</sup>. Conclui sobre o tema Frederico Barbosa Gomes <sup>108</sup>:

[...] conclui-se que através da Teoria Discursiva e Procedimental do Direito por ele (Habermas) elaborada é possível construir uma ordem jurídica democrática, a partir de uma nova consideração entre a autonomia pública e a autonomia privada e da relação entre os direitos humanos e soberania popular, na medida em que se requer uma maior participação popular nos processos decisórios, sem que isso implique renúncia ao pluralismo no seu mais amplo conceito ou mesmo a diluição do discurso jurídico num superdiscurso moral ou ético.

### 3.1.5 O pensamento Habermasiano e as omissões inconstitucionais

<sup>106</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>107</sup> Nesse sentido, GOMES, 2008, p. 249-250.

<sup>108</sup> Ibid., p. 250-251.

Como visto acima, a intenção de Habermas é a criação de uma democracia participativa na qual o indivíduo se emancipe da tradicional razão instrumental e assuma um comportamento crítico na sua sociedade.

Notadamente de cunho *procedimentalista*, Habermas se contrapõe aos *substancialistas*<sup>109</sup>, propondo um novo modelo de democracia constitucional. Sobre o tema, expõe Lenio Luiz Streck<sup>110</sup> que o movimento procedimentalista:

[...] não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘nação de cultura’, mas, sim, em uma ‘nação de cidadãos’. [...] Habermas propõe, pois, *que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do Direito.* (grifos do autor).

Através do discurso, de uma situação de fala ideal, procura o autor trazer o consenso para a área jurídica. Através dele, chegar-se-ia à lei “ideal” (entendida aqui como aquela mais próxima à realidade) e a uma aplicação eficaz, o que levaria à concretude no ordenamento jurídico.

E é neste ponto que tem relevância o pensamento habermasiano no que toca ao combate das omissões inconstitucionais. Para Habermas, só é possível se falar em omissão inconstitucional se, no momento de interpretação da norma, não houver a devida decodificação daquela norma com o princípio da democracia e dos direitos fundamentais. Ou seja, a norma “injusta” existe porque o intérprete escolheu por adotar no momento da interpretação uma postura republicana, entendendo que melhor seria para o bem-estar do Estado a espera pela produção normativa por parte da autoridade responsável ao invés de se tomar uma postura mais criativa.

Contudo, Habermas não defende uma postura republicana, nem a individualista, mas sim uma política deliberativa, a qual perpassa pelas duas outras posturas (republicana e individualista), mas sempre através de um processo de comunicação em que se busca o consenso entre as partes.

Desta forma, poderia o intérprete, então, tomar posturas que iriam beneficiar a ambas as partes. Como a omissão inconstitucional existe em virtude da leniência do legislativo,

<sup>109</sup> “O modelo substancialista [...] trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Conseqüentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41., p. 42-43).

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 41.

poderia o intérprete-juiz definir um prazo para que a autoridade responsável elaborasse a norma faltante, para apenas após esse prazo, permanecendo a falta da norma, utilizar do princípio da máxima efetividade constitucional para resolver a questão, procurando no ordenamento jurídico a melhor forma de fazer valer a vontade constitucional.

Sendo assim, o pensamento de Habermas, como se verá mais à frente, dará subsídio para uma atuação mais ativa do juiz, no qual ele poderá fazer com que a força normativa da Constituição seja respeitada, permitindo que o cidadão cada vez mais possa participar da vida legislativa e jurisdicional de sua sociedade.

E é justamente a possibilidade da ação ativa dos cidadãos no que tange as normas constitucionais que fundamenta Häberle a sua teoria.

### 3.2 A NOVA POSTURA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COM A SOCIEDADE ABERTA DA CONSTITUIÇÃO

As grandes alterações proporcionadas por esse novo modelo constitucional e o avançar da Constituição Social deram substrato para o grande autor austríaco Peter Häberle ter o *insight* de uma nova metodologia para a atividade interpretativa da Constituição, sendo suas principais idéias divulgadas no seu livro “Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”.

Segundo o autor, a interpretação constitucional sempre esteve preocupada apenas com duas questões essenciais: a indagação sobre tarefas e objetivos da interpretação constitucional e sobre os métodos interpretativos, sem nunca ter refletido acerca de *quem* deve ser o responsável por essa interpretação.

Häberle observa que durante muito tempo a interpretação constitucional ficou vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, concentrando-se, primariamente, na interpretação dos juízes e nos procedimentos formalizados, o que acaba por empobrecer a interpretação constitucional.

Propõe o autor, então, uma virada hermenêutica, sugerindo a mudança de foco de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional *pela e para* uma sociedade aberta. Desta forma, sugere Häberle a seguinte tese:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição<sup>111</sup>.

Ressalta o professor Omar Serva Maciel que é intuitivo perceber que, ao censurar as teorias interpretativas nas “sociedades fechadas”, Häberle está mesmo se posicionando contra a linguagem normativa cerrada própria do meio jurídico, impenetrável por aqueles que não estejam afeitos ao tecnicismo vernacular. Pois é justamente aqueles que não estão familiarizados com esse linguajar restrito que têm a competência para pré-interpretar a Constituição<sup>112</sup>.

Para Häberle, o intérprete não é apenas aquele que elabora a norma ou que deve aplicá-la, mas sim todo aquele que vive a norma; todo aquele que tem o seu contexto diário regulado por uma norma acaba por interpretá-la, ou pelo menos co-interpretá-la. Afirma o pesquisador que como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que *vivem* a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional<sup>113</sup>.

Essa é a característica marcante no trabalho do professor Häberle. Ele percebeu que no atual Estado Democrático de Direito em que se encontram as sociedades pós-modernas, não há como deixar de lado da interpretação constitucional justamente aqueles que *vivem* a norma no dia-a-dia, aqueles que cotidianamente *sentem* os benefícios e/ou malefícios das normas editadas pelo Poder Público – ou, às vezes, os malefícios da *falta* da norma que deveria regular um direito seu. Neste mesmo sentido, ilustra a importância da interpretação aberta

Inocência Mártires Coelho:

Em tema de direitos fundamentais – *e.g.* liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical – é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que *vivenciam* esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional.

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são *reconhecidos* pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas – que, aliás, participaram do processo constituinte – o juiz não conseguirá *ler* esse dispositivo constitucional.<sup>114</sup> (grifos do autor).

<sup>111</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 12-13.

<sup>112</sup> MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democracia do processo constitucional. **Revista da AGU**, Brasília, ano 4, n. 26, p. 3, mar. 2004.

<sup>113</sup> HÄBERLE, 1997, p. 13-15.

<sup>114</sup> COELHO, Inocência Martins. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 158, jan./mar. 1998.

A teoria da sociedade aberta, portanto, defende a possibilidade de uma interpretação plural, no qual a própria tese proposta por Häberle sugere que não se deva fixar um *numerus clausus* de intérpretes, podendo abranger, assim, todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos. Na medida em que são *partículas da Constituição*, como diria Lassalle, ou *agentes conformadores da realidade constitucional e forças produtivas de interpretação*, na linguagem de Häberle, esses segmentos sociais não podem ficar à margem do processo de revelação da vontade constitucional<sup>115</sup>.

Em outras palavras, além dos juízes, dos legisladores, dos administradores, dos advogados, todos aqueles que atuam e sofrem na realidade constitucional têm o dever de interpretá-la. Inclusive, ressalta-se, aqueles que não possuem o seu direito constitucional satisfeito em virtude da falta de norma que a Constituição obrigou o Legislativo a fazê-la. Não é porque o intérprete-legislador ainda não regulamentou a norma que significa que ela seja desnecessária, pois aquele que sofre pela sua ausência – o intérprete sociedade – pensa o contrário. E é justamente este pensamento, como se verá no decorrer desta pesquisa, que permitirá a satisfação do direito não regulamentado através dos mecanismos que se verá posteriormente, pois, se o cidadão não interpretasse a norma e entendesse pela sua obrigatoriedade, ainda hoje muitos dispositivos constitucionais que prevejam direitos fundamentais seriam “letra morta”

Ressalta Habermas que a ampliação do círculo dos intérpretes proposto por seu estudo é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação<sup>116</sup>, uma vez que o intérprete-juiz, por vezes, conhece o tecnicismo da lei, mas não *sente* a realidade constitucional.

E não há que se dizer que a ampliação do círculo de intérpretes ameaçaria independência do juiz. Ao contrário, essas influências contêm uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial<sup>117</sup>.

A teoria haberliana, desta forma, propõe uma cidadania ativa, na qual o “Povo” participe das tomadas de decisões e crie, assim, uma democracia ativa. Vale ressaltar que Häberle pontua que o significado da expressão “Povo”, para ele, é diferente do “Povo” de Rousseau, uma vez que este termo é propenso a entendimentos equivocados. *In literis*, assim explica:

Democracia é o ‘domínio do cidadão’ [...], não do Povo, no sentido de Rousseau. Não haverá retorno a Rousseau. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular.

---

<sup>115</sup> Ibid., p. 158.

<sup>116</sup> HÄBERLE, 1997, p. 30.

<sup>117</sup> Ibid., p. 38.

A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.<sup>118</sup>

Häberle, contudo, entende que a forma de participação da opinião pública está longe de ser organizada ou disciplinada, mas que cabe ao poder público a garantia de sua abertura e espontaneidade<sup>119</sup>, devendo, assim, ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição<sup>120</sup>.

Vale ressaltar que Häberle não despreza a interpretação feita pelos juízes. É evidente que no momento de aplicar a norma ao caso concreto é a sua interpretação que prevalecerá. Mas é importante que os co-intérpretes também possam ser ouvidos, direta ou indiretamente, podendo assim, mudar a posição jurisprudencial em casos posteriores.

A tese häberliana procura democratizar a interpretação constitucional, mostrando a importância da sociedade como um todo participar do processo hermenêutico da Constituição, principalmente nos casos de grande repercussão, em que a ansiedade social é muito maior.

Acerca desta teoria, Uadi Lammêgo Bulos<sup>121</sup> afirma que, no Brasil, a proposta do publicista alemão tem-se, de certa forma, verificado na prática. Ilustra o autor que o Pretório Excelso tem se debruçado sobre temas de grande repercussão, sendo tais temas amplamente discutidos pela sociedade, como é o caso do *impeachment* presidencial, a interrupção da gravidez por anencefalia, o alcance do crime de racismo, a contribuição de inativos etc. Mas ressalta que, em todos esses temas, como em tantos outros, a Corte Excelsa foi quem emitiu a última palavra.

Acreditamos que esta é a tendência atual, cada vez mais o Pretório Excelso abrirá espaço para a sociedade para que se manifeste nos grandes casos trazidos para a corte, principalmente através das audiências públicas. Esperamos novos e outros mecanismos sejam institucionalizados e trazidos para o debate hermenêutico, proporcionando, cada vez mais, a atividade do intérprete-cidadão.

### 3.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA, PONDERAÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE QUANTO A “SEPARAÇÃO DOS PODERES”

---

<sup>118</sup> Ibid., p. 31.

<sup>119</sup> Ibid., p. 43.

<sup>120</sup> Ibid., p. 49.

<sup>121</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 435.

A evolução do neoconstitucionalismo e a crise cada vez mais profunda do positivismo jurídico levaram à necessidade de reformulações no modo de pensar o ordenamento jurídico, possibilitando o surgimento de novas teorias para explorar a interpretação do direito e sua teoria geral, como a habermasiana e häberliana, vistas cima.

A fim de esclarecer ainda mais essas inovações advindas por este momento que alguns doutrinadores chamam de pós-modernidade, iremos analisar, sumariamente, de que forma a argumentação jurídica estimulou essas mudanças e possibilitou o desenvolvimento do ativismo judicial.

Alexy, baseado na teoria da argumentação de Perelman, procura, assim como Habermas, afastar a lógica formal kantiana da seara jurídica e sugere, para ocupar o seu lugar, o desenvolvimento de um discurso racional argumentativo. Busca Alexy<sup>122</sup> demonstrar que o velho método interpretativo de subsunção das premissas menores às maiores (ou seja, a procura de uma solução jurídica tentando-se enquadrar um caso concreto a uma norma do ordenamento jurídico) traz grandes polêmicas, pois há, no mínimo, a se ver, quatro problemas: a imprecisão da linguagem do Direito; a possibilidade de conflitos entre as normas; a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica e a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma.

Ressalta o autor que a existência dos velhos cânones da razão formal para a solução destes problemas não é um consenso, pois cada autor possui uma teoria para por fim a tais dificuldades. Desta forma, cita Savigny (defensor da interpretação gramatical, lógico, histórico e sistemático), Larenz (que expõe cinco critérios de interpretação: o sentido literal, o significado da lei segundo o contexto, as intenções e as metas normativas do legislador histórico, os critérios objetivos-teleológicos e o mandamento de interpretação conforme a constituição) e Wolf (que propõe as interpretações filológicas, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética e teleológica).

Além disto, afirma o jurisfilósofo que há ainda o problema da ordem hierárquica e da imprecisão de tais cânones, haja vista a escolha de cânones diferentes poderem levar a interpretações distintas.

Em conta disto, propõe o autor que sejam elaborados enunciados normativos com carga valorativa para que se possa solucionar tais entraves, pois apenas utilizando da valoração no caso concreto poderá o intérprete-juiz escolher a norma mais adequada caso-a-caso. É justamente “aquilo” que falta no método da lógica formal que pode propor uma melhor solução através da argumentação, o “valor”.

---

<sup>122</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-37.



A Teoria da Argumentação desenvolve, assim, um tipo de metodologia adequada para os novos problemas proporcionados com a pós-modernidade, uma vez que o relato abstrato da norma não consegue resolver as novas questões jurídicas da contemporaneidade. Busca-se através de um raciocínio indutivo a construção de uma solução baseada em fatos, valores e escolhas, devendo-se obedecer sempre às regras do discurso racional – similares àquelas propostas por Habermas –, quais sejam: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não-contradição, o debate deve estar aberto a todos etc<sup>123</sup>.

Este novo método de solução de problemas existe justamente pela dificuldade de se saber qual é a solução mais adequada para o caso apresentado quando existir diversas possibilidades de interpretação da mesma hipótese – deve-se atentar para o fato de que no modelo da lógica formal, que utiliza da subsunção, cada fato apresentado teria uma, e apenas uma norma no sistema jurídico correlata a ela para terminar a questão. Com o fim de evitar soluções desarrazoadas na seara argumentativa, a doutrina elenca alguns critérios para nortear a atividade do intérprete, considerados pertinentes e recomendáveis para solução do problema apresentado, como a necessidade de fundamentação normativa, a necessidade de respeito à integridade do sistema e o relativo peso a ser dado às conseqüências concretas da decisão<sup>124</sup>.

A Teoria da Argumentação jurídica, portanto, propôs uma metodologia mais afinada ao tratamento dos problemas concretos trazidos ao Judiciário, em que a ponderação de valores – até então relegada ao plano do irracional e da imprecisão – possibilitava uma nova concepção de razão, que não a formal<sup>125</sup>. Essa necessidade surgiu, como visto *supra*, da impossibilidade da interpretação da lógica formal (através da subsunção) solucionar as novas situações jurídicas advindas com a pós-modernidade. Uma vez que o relato abstrato da norma não consegue mais resolver as novas questões jurídicas na contemporaneidade, surge a necessidade de se integrar a essas decisões valorações morais e até mesmo políticas que não faziam parte dos enunciados normativos anteriores.

---

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 341.

<sup>124</sup> Sobre tais critérios, leciona Barroso que, em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar *fundamentos normativos* que dêem sustentação a solução, ou seja, deve o intérprete apresentar elementos de ordem jurídica (e não de ordem lógica, moral ou política) para embasar sua decisão. Em segundo, assenta o professor que a argumentação jurídica deve preservar a *integridade* do sistema, devendo a decisão do intérprete ter compromisso com a unidade do sistema; em outras palavras, as decisões do intérprete não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas *universalizáveis* a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias, bem como inspiradas pela razão pública. Em terceiro, afirma o doutrinador que o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das conseqüências práticas de sua atuação, devendo sua atividade, portanto, envolver um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (conseqüencialismo) (BARROSO, 2009, p. 341-343).

<sup>125</sup> FETZER, Néli Luiza Cavalieri (Org.). **Lições de argumentação jurídica**: da teoria à prática. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 9.

Desta forma, a técnica da ponderação passa a ser de grande relevância no tempo hodierno, pois a emergência dos princípios e dos direitos fundamentais requisitou uma nova forma de interpretação constitucional, em virtude da defasagem da subsunção. Quase que poeticamente, Barroso diferencia as duas técnicas afirmando que a subsunção é como se fosse um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas, enquanto a ponderação seria uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética<sup>126</sup>.

Através da técnica da ponderação pode o intérprete “pesar” qual o princípio constitucional mais preponderante em um determinado caso concreto, pois, como não existe hierarquia entre as normas e os princípios constitucionais, não há como se estabelecer um maior peso relativo de cada princípio a não ser em cada caso apresentado. Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos afirma que “na ponderação o exegeta realiza o *dever de proporcionalidade*, pois deve balancear e sopesar os bens em disputa, interesses, valores, princípios e normas colidentes”<sup>127</sup>.

A fim de exemplificar a técnica da ponderação, lembra Uadi Lammêgo que, certa vez, o Supremo deparou-se com a problemática da presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, para o fim de tipificar o delito de estupro (Código Penal (CP), arts. 213 e 224, *a*). Contrabalançando os valores envolvidos na questão, entendeu o Ministro-Relator que a presunção seria *relativa*, tanto pelas particularidades do conflito (a menor vivia de modo promíscuo, aparentava maior idade e consentiu com a relação sexual) como por força do art. 226 da Carta Maior, que consagra a proteção especial à família (tinham-se passado 5 anos do evento delituoso, e, nesse tempo, o paciente do *Habeas Corpus* (HC), condenado por estupro, casou-se e constituiu família). Neste caso em questão, mudou-se entendimento jurisprudencial anteriormente firmando, prevalecendo, aqui, o princípio constitucional que protege a família, em detrimento da presunção de violência (STF, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20-9-1996).

Também a título de exemplo, e para endossar os argumentos pretéritos, pedimos venha para transcrevermos o caso que o professor Luís Roberto Barroso traz para explicar a relação existente entre a técnica da ponderação e o método argumentativo, *in literis*<sup>128</sup>:

(O) caso envolveu o protagonista de um crime passionai ocorrido em Búzios, no Estado do Rio de Janeiro, na segunda metade da década de 70 do século passado. O autor do crime fora absolvido em um primeiro julgamento, tendo prevalecido a tese de

<sup>126</sup> BARROSO, 2009a, p. 334.

<sup>127</sup> BULOS, 2010, p. 452.

<sup>128</sup> BARROSO, 2009a, p. 348-350.

“legítima defesa da honra”. Em um segundo julgamento, foi condenado pelo Tribunal do Júri e cumpriu pena. Quando uma emissora de televisão decidiu encenar o episódio, anos depois, insurgiu-se o ex-condenado, sob o fundamento de violação de sua honra, imagem e privacidade, afirmando que havia se submetido às penas da lei e que já estava ressocializado. O juiz de primeiro grau concedeu-lhe liminar para impedir a exibição do programa. O Tribunal de Justiça revogou a liminar. No julgamento do pedido de reparação de danos, após a exibição do programa, entendeu, por dois votos a um, ser indevida qualquer indenização.

Tome-se este último exemplo para [...] fazer um exercício singelo de ponderação e argumentação. As normas em colisão são, de um lado, os arts. 5º, IV, IX, XIV, e 220 da Constituição, que tutelam a liberdade de expressão e de informação; e, de outro, o art. 5º, X, que resguarda a inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem das pessoas. Os fatos relevantes parecem ser: natureza descritiva do programa a ser exibido, sem juízos de valor sobre o crime ou seu autor; relato baseado em registros históricos confiáveis, inclusive de natureza pública; evento criminoso ocorrido no passado; autor condenado e pena cumprida, extinta há diversos anos; autor já ressocializado, tendo inclusive esposa e filhos. As soluções possíveis, à primeira vista, eram: impedir ou autorizar a exibição.

Não se trata de um caso fácil, por envolver um conflito de direitos fundamentais, sem que o ordenamento forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de realizar a ponderação entre os valores em conflito, fazendo concessões recíprocas e/ou escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se, a seguir, a demonstração argumentativa de uma delas, começando por identificar alguns dos elementos a serem ponderados no conflito entre liberdade de expressão/informação e direitos da personalidade, dentre os quais se incluem os seguintes: a) veracidade do fato; b) a licitude do meio empregado na obtenção da informação; c) a personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; d) o local do fato; e) a natureza do fato; f) a existência de interesse público na divulgação da tese.

Da aplicação de tais elementos ao caso concreto, o juiz/tribunal pode estruturar sua decisão de considerar legítima a exibição do programa com base nos seguintes fundamentos: a) o fato é verdadeiro, conforme reconhecido por decisão transitada em julgado; b) o conhecimento do fato foi obtido por meio lícito, inclusive constando os dados de registros e arquivos públicos; c) o autor da ação era uma pessoa de vida privada, mas que participou de um evento de repercussão pública e grande visibilidade; d) por sua natureza, crime não é fato da vida privada; e) o interesse público na divulgação de um fato verdadeiro se presume e, *in casu*, a sociedade brasileira tem o interesse legítimo de saber que no país, em outros tempos, já se aceitou a tese de que um homem podia matar uma mulher em defesa da sua honra.

A solução exposta acima, que se afigura a melhor a nosso ver, não é, todavia, a única logicamente possível. O domínio da colisão dos direitos fundamentais, da ponderação e da construção argumentativa da norma concreta não é feito de verdades plenas ou de certezas absolutas. Ele é influenciado não apenas pela maior ou menor complexidade das normas e dos fatos envolvidos, como também pela pré-compreensão do intérprete e pelos valores morais e políticos da sociedade. O que se pode dizer é que a argumentação desenvolvida é dotada de lógica e racionalidade suficientes para disputar a adesão do auditório, isto é, da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Esse é o mínimo e o máximo que se pode pretender na busca da solução constitucionalmente adequada para os casos difíceis.

Do exemplo acima, ainda podemos retirar mais uma lição do trecho “a sociedade brasileira tem o interesse legítimo de saber que no país, em outros tempos, já se aceitou a tese de que um homem podia matar uma mulher em defesa da sua honra”. Perceba-se que, em outros tempos, a tese de que o homem podia matar uma mulher para defender a sua honra era perfeitamente defensável, o que nos mostra que a solução para os casos apresentados ao Judiciário dependerá do tempo e do contexto em que se está inserido. Ou seja, o que era tido como

“verdade” naquele tempo não o é mais hoje.

Sendo assim, deve-se perceber que na Teoria da Argumentação o conceito de *verdade* proposto por Aristóteles não é a mesma “verdade” da razão discursiva. Enquanto a “verdade” para Aristóteles era a *correspondência* da asserção à realidade, no discurso argumentativo ela é algo *construído argumentativamente*, sendo o consenso alcançado por uma coletividade frente ao um mesmo objeto. A verdade, para o Direito, não está no mundo presente, na natureza, mas na produção cultural humana. Do exposto, Alexy prevê duas implicações: “1) A verdade é *historicamente* construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente; 2) [...] nem mesmo nas ciências *da natureza* há *verdade inequívoca e incontestável*, geradora de *segurança* a partir de uma *única* resposta que garanta a *verdade*”<sup>129</sup>.

De acordo com a teoria alexiana, portanto, podemos perceber que o discurso jurídico tem o objetivo de adequar às normas jurídicas ao contexto em que elas estão inseridas. E, assim como Häberle, sugere o autor que seja utilizado no discurso jurídico uma linguagem mais próxima da realidade constitucional, já que o discurso necessita de um auditório, e o auditório precisa entender a mensagem que está sendo passada. Os argumentos a serem trazidos ao discurso devem ser discursos racionais e que passem por um procedimento que lhes forneça legitimidade. Comparando o ensinamento de Alexy com o estudo de Habermas, Cláudia Toledo enumera as regras a serem seguidas para a existência de um discurso racional:

- 1) Qualquer um pode tomar parte no discurso, introduzir e problematizar qualquer asserção (uma das *regras de razão* de Alexy – chamada por Habermas de *princípio D*, princípio da concreção);
- 2) Se o falante aplicar um predicado a determinado objeto, deve aplicá-lo também a qualquer outro objeto semelhante nos aspectos essenciais (uma das *regras fundamentais* de Alexy – chamada por Habermas de *princípio U*, *princípio da universalidade*; expressa no Direito tanto pelo *princípio da isonomia* quanto pela *analogia* como método de integração do ordenamento jurídico);
- 3) O falante não pode se contradizer (*princípio da não-contradição* tanto da lógica *formal* – envolvendo o princípio da *identidade* e do *terceiro excluído* – quanto da lógica do *discurso*, determinando a não-contradição *performativa*);
- 4) O falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita (pretensão de *veracidade* habermasiana);
- 5) O falante não pode usar a mesma expressão que outros falantes com significados diferentes (pretensão de *inteligibilidade* formulada por Habermas);
- 6) O falante deve fundamentar o que se afirma se lhe for pedido (*regra geral da fundamentação*).<sup>130</sup>

Como afirmado anteriormente, não é nosso objetivo o aprofundamento nesta temática, pois muito do pensamento do discurso da Teoria da Argumentação tem ligação com a teo-

<sup>129</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. e Introdução à Edição Brasileiro de Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005. p. 19-20.

<sup>130</sup> Ibid., p. 21.

ria do discurso habermasiana, salvo algumas particularidades. A meta do trabalho neste ponto é justamente mostrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado racionalmente, bastando que sejam seguidos alguns procedimentos.

Ademais, é mais do que importante a Teoria da Argumentação, e a utilização da técnica da ponderação, no combate às omissões inconstitucionais, pois apenas através de argumentos racionalmente construídos é possível a mudança jurisprudencial no que tange a interpretação de normas que prevejam direitos subjetivos aos cidadãos mas que não são satisfeitos em virtude da falta de regulamentação normativa posterior a fim de lhes disciplinar. Mais à frente neste trabalho, ilustraremos de que forma a ponderação e a argumentação poderão ajudar a solucionar conflitos no que toca a temática da omissão inconstitucional.

Da mesma forma, a própria Teoria do Direito vem se aperfeiçoando com a Teoria da Argumentação, uma vez que esta permite uma atuação ativa do intérprete-aplicador na concretização dos princípios fundamentais<sup>131</sup>.

Essa atuação ativa cada vez maior do judiciário vem trazendo grandes discussões sobre a possibilidade ou não do intérprete-juiz inovar na seara jurídica. Contudo, parece não haver dúvidas que o juiz é, também, criador do direito, como exalta Karl Larenz<sup>132</sup>:

O juiz, de modo semelhante ao legislador, é de acordo com a sua própria idéia *descobridor* e ao mesmo tempo *conformador* do Direito, que ele traz sempre de novo para a realidade num processo interminável a *partir* da lei, *com* a lei e, caso necessário, também *para além* da lei. O Direito (realmente vivo, existente) é o *resultado deste processo*, no qual colaboram a ciência do direito e finalmente todos aqueles também que exprimem publicamente a sua opinião sobre questões jurídicas e contribuem assim de qualquer modo a definir a “consciência jurídica geral”. De uma maneira ou de outra, quer o juiz apenas “interprete” a lei, quer a restrinja ou integre em conformidade com o sentido dela, quer abra lugar pelo primeira vez a um “novo” pensamento jurídico que ainda não encontrou expressão na lei – ou só uma muito incompleta –, é sempre a lei na verdade o ponto de partida das suas ponderações, mas ela só determinada raras vezes a sua decisão. O que ele acrescenta, nomeadamente, a determinação última, o “afinamento” dos elementos da previsão em vista deste caso concreto, ou ainda o cuidadoso preenchimento duma “lacuna da lei”, tudo isto não deixa intacta a lei, como ela “vigora” realmente, mas antes vem determinar a maneira precisa como ela se torna eficaz como factor de ordem. Por este meio, a norma é como que de novo libertada da sua “abstração” inevitável e irrenunciável e possibilita-se enfim a sua função de regular relações “concretas” da vida. (grifos do autor)

Como se verá no decorrer desta pesquisa, para a concretização dos anseios sociais e da vontade constitucional, foi necessária uma mudança de paradigmas, pois a hermenêutica

<sup>131</sup> RAMOS, Elival da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 85.

<sup>132</sup> LARENZ, 1969 apud. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83-84.

tradicional não possibilitava a concretização da realidade constitucional e dos princípios constitucionais.

A postura do Poder Judiciário, portanto, mudou completamente nos últimos anos. Cada vez mais o poder jurisdicional vem se manifestando sobre diversos temas socialmente relevantes, como as políticas públicas, os direitos sociais e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. E é, principalmente, quanto a este último tema que tem gerado tanta tensão entre os três Poderes.

E isso é extremamente natural de se entender, pois como a existência do Poder Legislativo sempre esteve condicionada à limitação e às obrigações do Administrador, no momento em que o Judiciário invalida uma de suas normas nada mais comum do que a indignação daqueles.

Antes de entendemos os fatores que permitiram a impulsão do ativismo judicial no Brasil, mister esclarecermos que “judicialização” não é a mesma coisa que ativismo judicial<sup>133</sup>.

Explica Luís Roberto Barroso<sup>134</sup> que a 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. Este processo, elucida o autor, é proveniente de diversas causas.

A primeira grande causa para o fortalecimento da judicialização foi a redemocratização do país, tendo como ponto fulminante a Carta Constitucional de 1988, trazendo duas conseqüências avassaladoras: o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado (com a recuperação das garantias da magistratura) e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes; ao mesmo tempo em que a redemocratização reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

A segunda causa foi à constitucionalização abrangente, o que trouxe para a Constitu-

---

<sup>133</sup> Vale desde já ressaltar que o conceito de tais termos não é unânime na doutrina. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, tem posicionamento divergente quanto ao do professor Barroso, *in literis*: “A judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. Outra coisa bem distinta é o ‘ativismo judicial’ (que retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição). (GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 fev. 2011).

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242-245.

ição inúmeras matérias que antes eram próprias do processo político e da legislação ordinária. Como diversas matérias passaram a fazer parte da Constituição, e basta estar na Constituição para ter o rótulo de norma jurídica, essas matérias se tornaram potencialmente em uma pretensão jurídica, podendo, assim, ser formulada uma ação judicial quando do seu desrespeito.

A terceira causa é justamente o controle de constitucionalidade brasileiro, o qual compõe um sistema híbrido, combinando os sistemas estadunidense e europeu. Através deste controle, qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada pelo STF.

Exposto o que significa o termo “judicialização”, explica o doutrinador que o ativismo judicial é um *primo* da judicialização, pois, enquanto este é um *fato*, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, aquele é uma *atitude*, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

O “ativismo judicial”, desta forma, é uma *atitude* tomada pelo Poder Judiciário a fim de modernizar o direito brasileiro, defendendo os direitos individuais e coletivos, concretizando os princípios constitucionais e efetivando a vontade constitucional. Em outras palavras, assenta Elival da Silva Ramos que deve-se entender por ativismo judicial:

O *exercício* da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)<sup>135</sup>.

Percebe-se, portanto, que não se pode ver mais atualmente o princípio da separação dos poderes como era entendido em tempos pretéritos. Para Arnoldo Wald, desde o fim do século passado reconheceu-se que estava ultrapassado o princípio da separação rígida de poderes e tanto os tribunais quanto a doutrina foram admitindo, progressivamente, que os textos legais deviam sofrer o tratamento construtivo do magistrado, cabendo-lhe a difícil tarefa de adaptar as normas e os princípios às novas condições fáticas não previstas inicialmente pelo legislador<sup>136</sup>.

A fim de adequar a vontade constitucional com os seus preceitos, tem o poder judiciário se manifestado continuamente quanto a (in)constitucionalidade das leis e atos normativos emitidos pelo Poder Legislativo, principalmente no que tange as omissões inconstitucionais. Contudo, assenta Walter Claudius Rothenburg<sup>137</sup> que a declaração de inconstitucionali-

<sup>135</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>136</sup> WALD, Arnoldo. O novo Supremo Tribunal Federal. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 40-41.

<sup>137</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda da competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 120.

dade por falta de desempenho ou desempenho insatisfatório do Poder Legislativo afeta “sim” a separação original de poderes, mas num limite de tolerância suportável pelo sistema constitucional<sup>138</sup>.

Fica fácil notar que esse caráter pró-ativo do Judiciário é estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição de 1988, o que o leva, por vezes, a ultrapassar os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, mas o faz justamente pela ineficiência dos outros poderes. Nesse sentido, ressalta Elival Silva Ramos que:

A incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender à produção normativa identificada, pelos próprios Poderes representativos (Presidência da República e Congresso Nacional), como necessária à consecução dos objetivos traçados pela Constituição de 1988 resta patenteada, dentre outras evidências, pelo fato de não haver concluído até hoje o ciclo de grandes reformas constitucionais iniciado em 1995. Assim é que a reforma previdenciária foi apenas parcialmente realizada e as reformas tributária e política, mesmo com o seu amesquinçamento, não conseguem avançar no Congresso Nacional. As razões para essa ineficiência na atuação normativa dos Poderes responsáveis têm sido objeto de intensa discussão no meio político e acadêmico.<sup>139</sup>

Apesar da importância ativa do judiciário proporcionar uma melhor adequação da constitucional à realidade constitucional, a doutrina elenca algumas objeções à sua impulsão. Luís Roberto Barroso elenca três riscos proporcionados com o ativismo judicial: o risco para a legitimidade democrática, o risco de politização da Justiça e o risco à capacidade institucional do Judiciário e seus limites.

Frente ao primeiro risco, como é sabido, os membros do Poder Judiciário brasileiro não são escolhidos pelo voto popular, apesar de desempenharem uma atividade com forte carga política. A questão da legitimidade democrática surge justamente pela dúvida em poder se imaginar um órgão como o Supremo Tribunal Federal, que é um órgão não eletivo, pretender se sobrepor a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional (escolhidos pela vontade popular). Onde residiria, então, a legitimidade do judiciário para tal ação?

Barroso<sup>140</sup> explica que há dois fundamentos para essa explicação. A primeira residiria como um fundamento normativo, pois, como a própria Constituição definiu a obrigação do

<sup>138</sup> Exemplifica o autor que “[...] a correção da omissão inconstitucional pode ocorrer com uma troca de sujeitos mas não de natureza do órgão, com menor acinte à idéia de separação de Poderes. É o que ocorre, por exemplo, com a admissão da competência de uma esfera da federação em lugar de outra, ou de uma norma internacional em lugar da norma interna – casos em que a natureza legislativa do órgão é mantida, alterando-se somente o titular”. (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito*. A perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão, p. 121.)

<sup>139</sup> RAMOS, 2010, p. 289.

<sup>140</sup> BARROSO, 2010, p. 248-253.



Judiciário de aplicar a Constituição e as leis, eles estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, representantes do povo, exercendo, portanto, indiretamente, a vontade destes. E a outra explicação é uma justificação filosófica, pois cabe à Constituição dois grandes papéis, o de estabelecer as regras do jogo democrático (assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância do poder) e o de proteger os valores e os direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos, e como o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, possui o Judiciário este poder.

Quanto ao segundo risco, o medo da politização da justiça está atrelado à idéia de se admitir escolhas livres pelos magistrados, tendenciosas ou partidarizadas (exemplifica Barroso que o ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo) – em outras palavras, plenamente discricionárias, sem razoabilidade – e não que suas decisões não tenham carga política<sup>141</sup>. Frisa o autor que, no caso de conservação e promoção de direitos fundamentais, a intervenção do judiciário, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, dá-se *a favor* e não contra a democracia.

O terceiro risco está vinculado à capacidade institucional do Judiciário e a de seus efeitos sistêmicos. É óbvio que o judiciário é o mais preparado tecnicamente para solucionar problemas em diversas matérias, mas quando a questão for muito complexa, pode o juiz não ter o conhecimento específico para isso, o que pode trazer problemas sistêmicos posteriormente, ou seja, efeitos imprevisíveis e indesejados.

Contudo, defendemos a necessidade, em uma era marcada por corrupções, imoralidades e descasos, do poder judiciário se manifestar na defesa e guarida dos direitos fundamentais. Entendemos que, no diapasão desta pesquisa, quando o judiciário se manifesta combatendo uma omissão inconstitucional, não está o Judiciário legislando, mas apenas aplicando a Constituição de acordo com o princípio da máxima efetividade constitucional. Percebemos que os riscos acima expostos podem trazer dúvidas quanto a sua regularidade, mas não concordamos plenamente com elas. Como exposto, o risco a democracia não existe, pois o judiciário se manifesta justamente em nome dele; o risco da politização da justiça também seria difícil de ocorrer, pois para isso seria necessária uma plena discricionariedade do juiz, o que

---

<sup>141</sup> Sobre o tema, elucida Barroso que: “Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; e (iii) juízes não serão seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formulam” (BARROSO, 2010, p. 250).

não é possível, já que ele tem que fundamentar suas decisões; e o risco à capacidade institucional realmente é algo complexo, mas entendemos que o judiciário, mesmo nas questões em que não detiver conhecimento técnico necessário, possui os meios necessários para emitir uma decisão constitucional.

Alguns, por exemplo, são contra as medidas que vêm tomando alguns juízes em matéria de medicamento e terapias, sob o fundamento de que isso colocaria em risco as políticas públicas. Não concordamos que tal prática colocaria em risco as políticas públicas, pois tal tipo ação vem sendo justamente tomada porque as políticas públicas vêm sendo mal elaboradas, o que faz com que o cidadão recorra ao judiciário para ver seu direito garantido.

Iremos demonstrar, posteriormente, como esse ativismo judicial vem sendo explorado e outras possibilidades de atuação do juiz para suprir a omissão inconstitucional. Mas, antes, mister ver a relação entre a evolução dos direitos fundamentais e a nova hermenêutica.

## 4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE

### 4.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o processo de constituições escritas, o legislador precisou elencar um rol de direitos que seriam considerados basilares para específico momento histórico, para um específico espaço e para uma específica sociedade. Não necessariamente o que era *fundamental* em uma determinada época, também o seria em outra, e vice-versa.

O estudo dos direitos fundamentais está intimamente ligado à história e ao desenvolvimento do homem, mudando-se de perspectiva e extensão com o passar do tempo. Nas sábias palavras de Konrad Hesse, “[...] o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiossincrasia, da cultura e da história dos povos”<sup>142</sup>.

Primeiramente, vale ressaltar a discussão doutrinária sobre o termo mais adequado a ser empregado no que toca a esta questão, se as etapas da evolução dos direitos fundamentais devem ser denominadas de “dimensões” ou “gerações” de direitos fundamentais.

Este último termo, utilizado largamente na doutrina na última década, vem sofrendo diversas críticas pela doutrina nacional e estrangeira, haja vista tal terminologia induzir ao erro de se imaginar que uma “nova” geração iria simplesmente *substituir* a geração anterior. Ingo Wolfgang Sarlet assenta que não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra<sup>143</sup>.

Complementando esse entendimento, afirmando que não apenas pelo motivo exposto o uso do termo “gerações” é inadequado, Dirley da Cunha Júnior<sup>144</sup> traz a lição do professor Willis Santiago Guerra Filho, que assim leciona:

<sup>142</sup> HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: KONRAD, Hesse. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Tradução Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

<sup>143</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

<sup>144</sup> 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. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205.

[...] segundo esse autor, é mais adequado o termo “dimensões”, não só porque as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas, notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem uma outra *dimensão* quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente, como ocorreu, por ex., com o direito individual de propriedade, típico direito de segunda geração, assumindo uma *dimensão* que exige o respeito à função social da propriedade e, ante os direitos de terceira geração, adotando *dimensão* que lhe impõe a apreço à sua função ambiental (grifos do autor)<sup>145</sup>.

Seguir-se-á no decorrer deste trabalho com a escolha do termo “dimensão”, justamente por se entender que os direitos fundamentais estão em constante processo de expansão e cumulação<sup>146</sup>, adotando-se a idéia de complementariedade entre as diversas etapas da evolução dos direitos fundamentais.

Um segundo ponto de destaque a que se deve fazer alusão é a clássica confusão, mesmo entre os doutrinadores, em confundir o significado da expressão “direitos fundamentais” com outros termos que chegam a ser espécies deste, como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos subjetivos”, “direitos humanos”<sup>147</sup>, entre outros. Não obstante a utilização desses diversos termos por toda a Carta Magna, vale ressaltar que a expressão “direitos fundamentais” foi a escolhida pelo legislador constituinte por ter um caráter mais amplo do que aquelas demais expressões para expressar os direitos que seriam tidos como *fundamentais* para uma específica sociedade. Entende-se, assim, que aqueles termos nada mais são do que espécies de um todo maior denominado “direitos fundamentais”.

Para um maior esforço didático, a doutrina classifica os direitos fundamentais, em regra, em três tipos: os direitos de primeira dimensão (os direitos civis e políticos); os de segunda dimensão (os direitos sociais, econômicos e culturais); e os de terceira dimensão (os direitos da solidariedade e fraternidade). Não obstante, impende informar que há doutrinadores que visualizam a existência de uma quarta, quinta e até mesmo uma sexta dimensão.

<sup>145</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 205.

<sup>146</sup> Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas “dimensão” e “gerações” de direitos (SARLET, 2009, p. 45).

<sup>147</sup> A título de ilustração do significado de tais expressões, Dirley da Cunha Júnior assenta que o termo “liberdades públicas” foi empregado na doutrina francesa para designar um conjunto de direitos de defesa do homem contra qualquer interferência do Estado, sendo, contudo, uma expressão limitada, haja vista não compreender os direitos sociais e econômicos. Por seu turno, explica o citado autor que os “direitos individuais” estão associados ao indivíduo isoladamente considerado, renegando-se o caráter de sociabilidade intrínseco ao ser humano. Já os “direitos individuais”, concernem àquelas prerrogativas outorgadas ao indivíduo em conformidade com certas regras do ordenamento jurídico, podendo seus titulares deles livremente dispor, além mesmo renunciá-los, o que não se coaduna com a idéia de direitos fundamentais, que são, em princípio, inalienáveis e imprescritíveis. Em relação aos “direitos subjetivos”, afirma que exprimem uma situação jurídica subjetiva do indivíduo em face do Estado; representam uma forma de autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado, encontrando-se, por essa razão, superados pela própria dinâmica econômico-social dos tempos hodiernos, em que o desfrute de qualquer direito fundamental reclama uma atuação positiva do poder público. Por fim, para ele, os direitos humanos compreendem todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual, o que destoa do conceito de direitos humanos, que são direitos válidos para uma sociedade em particular (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 152-155).

#### 4.1.1 Os direitos de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que primeiro foram reconhecidos como *fundamentais* nas Cartas Constitucionais e tem origem no que hoje a doutrina chama de constitucionalismo moderno, pois são próprias da Revolução Francesa de 1789 e de suas promessas.

Como visto acima, o constitucionalismo moderno surgiu com a formação dos Estados Nacionais e com a posterior consolidação do positivismo jurídico<sup>148</sup>. E, analisando a relação do Estado com tal movimento jusfilosófico, salienta Walter de Moura Agra<sup>149</sup>:

Seu interesse (do Estado) é apenas pelo direito posto, elaboração de seres humanos, cristalizado em textos escritos, providos de uma autoridade estatal. As demais cominações sejam de onde provierem não fazem parte do direito positivo e, portanto, não possuem como característica a coercitividade de seus postulados.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, foi a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, que marcou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, recebendo, assim, o rótulo de “pai” dos direitos fundamentais<sup>150</sup>.

Surgido no contexto liberal-burguês, no qual se procurava o distanciamento do Estado da esfera individual dos cidadãos, passaram tais direitos a expressar formas de defesa dos indivíduos frente ao Estado em virtude do receio da opressão estatal. Podem ser entendidos como os direitos de resistência do indivíduo em face do Estado, assumindo a postura de direitos civis e políticos.

Não há espaço para o Estado regulamentar as relações na esfera privada na ideologia liberal. Lembre-se que neste momento histórico a economia estava em franco desenvolvimento, o que fazia com que a burguesia exigisse a separação entre Estado e economia.

Refletindo sobre os objetivos do Estado em tempos liberais, Adam Smith imaginou-o com três deveres principais que deveriam ser seguidos, quais sejam:

---

<sup>148</sup> Nesse sentido, Walter de Moura Agra: “O positivismo jurídico surgiu *pari passu* com a formação e consolidação do Estado Nacional. Essa doutrina representou um instrumento imprescindível para o desenvolvimento do Estado Moderno, legitimando a expansão das atividades estatais no primado da legalidade. Quando afirmou que a única possibilidade para a existência de normas jurídicas era por meio de sua promulgação por órgãos estatais, ao mesmo tempo em que concentrou a produção normativa do Estado, retirou o caráter vinculante de outros ordenamentos que não eram inseridos a ele, como as normas religiosas, morais, corporativas etc” (AGRA, Walter de Moura Agra. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 431).

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>150</sup> SARLET, 2009, p. 43.

a) O dever de proteger a sociedade da violência e da invasão; b) o dever de proteger cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro; e c) o dever de erigir e de manter certas obras públicas, e certas instituições públicas quando não fossem do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número deles<sup>151</sup>.

Esses direitos de primeira dimensão “já se consolidaram universalmente, não havendo Constituição digna desse nome que não os reconheça em toda a extensão”. Portanto, o surgimento de “novos” direitos, e o seu reconhecimento, não fez com que o direito ao voto, à liberdade, à vida, por exemplo, deixem de ter sua importância e destaque.

#### 4.1.2 Os direitos de segunda dimensão

No primeiro momento, em que se exigia do Estado o seu afastamento das relações sociais, os burgueses expandiram seu domínio tanto no meio econômico como no social. Contudo, o poder econômico da burguesia levou ao abuso de sua força de trabalho, o que acabou irrompendo diversos problemas sociais e econômicos. As velhas promessas de Igualdade, Liberdade e Fraternidade advindas da Revolução Francesa ficaram apenas no plano das idéias, não vindo a se realizar no estrato social.

Ademais, o resultado do positivismo jurídico baseado apenas em critérios legais, completamente desvinculados de valores morais acabou tendo como consequência grave problemas sociais, em especial, as duas grandes guerras. A figura da norma como forma de manifestação da “razão” sem interferências valorativas passou a ser questionada (ver *supra*).

Nesse momento, o Estado é chamado a agir. A nota distintiva deste momento histórico é completamente oposta à anterior; enquanto naquela primava-se pela abstenção do Estado, nesta, o que se quer é a sua ação. Deseja-se que ele cumpra as promessas que a sociedade tanto almeja e que os direitos de liberdade, igualdade e fraternidade fossem materialmente efetivados no seio da sociedade.

Desta forma, tais direitos caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas<sup>152</sup>. Em virtude disso, é característica marcante dos direitos de segunda dimensão o reconhecimento

<sup>151</sup> SMITH, Adams. **The nature and causes of the wealth of nations (The Works of Adam Smith)**. Londres: [s. n.], 1811. p. 42. v. IV.

<sup>152</sup> SARLET, 2009, p. 47.

dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>153</sup>.

Instala-se, assim, o Estado de Bem-Estar Social, o qual se faz intervencionista na sociedade e na economia nela praticada, exatamente para que os direitos sociais e econômicos fossem indistinta e genericamente assegurados. Assenta, ainda, Dirley da Cunha Júnior que “Sua atitude, longe de ser passiva e indiferente em face do desenvolvimento e das relações econômico-sociais, era ativa, pois não se contentava em prevenir e solucionar os conflitos de interesses interindividuais”<sup>154</sup>.

Mas o grande problema dos direitos de segunda dimensão está justamente na sua eficácia. Apesar de o Estado ter visualizado que a norma precisava de uma carga valorativa e que era necessário que ela fizesse parte do corpo constitucional, os direitos sociais de segunda dimensão sempre tiveram uma carga programática muito grande. Surgiram não para serem efetivadas de imediato, mas para que servissem como *programa* de governo a ser realizado em momento futuro.

Nesse mesmo sentido, ensina o professor Paulo Bonavides<sup>155</sup> que as normas de segunda dimensão possuíam baixa normatividade em virtude da própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatadas por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

Sendo assim, “o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos”<sup>156</sup>.

Segundo a clássica classificação de José Afonso da Silva, tais normas são nitidamente de eficácia limitada, haja vista a necessidade de atuação do poder estatal para que haja a sua implementação. Todavia, essa suposta falta de eficácia não perdurará por muito tempo na doutrina brasileira, como se verá mais adiante.

#### 4.1.3 Os direitos de terceira dimensão

---

<sup>153</sup> Comparando as duas primeiras dimensões, Paulo Bonavides expõe que a primeira dimensão dos direitos fundamentais consistia essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, e que, a partir da segunda dimensão, tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, os critérios objetivos de valores (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 522).

<sup>154</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b p. 210.

<sup>155</sup> BONAVIDES, 1997, p. 518.

<sup>156</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 216.

A fim de delimitar um ponto essencial dos direitos de terceira dimensão, e mesmo de conceituá-lo, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>157</sup> faz um breve resumo dessa discussão na doutrina:

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros, os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Interessante o ensinamento que Paulo Bonavides<sup>158</sup> traz sobre a temática, no qual os direitos de terceira dimensão, comentando a visão de E. Mbaya, exprime-se de três maneiras: a) o dever de todo Estado particular de levar em conta, nos seus atos, os interesses de outros Estados (ou de seus súditos); b) ajuda recíproca (bilateral ou multilateral), de caráter financeiro ou de outra natureza para a superação das dificuldades econômicas (inclusive com auxílio técnico aos países subdesenvolvidos e estabelecimento de preferências de comércio em favor desses países, a fim de liquidar *déficits*); e c) uma coordenação sistemática de política econômica.

Percebe-se, portanto, que os direitos de terceira dimensão não têm por fim a liberdade ou a igualdade, e sim preservar a própria existência do grupo<sup>159</sup>. E, por tal medida, por terem nitidamente uma titularidade coletiva e não individual, não estão completamente reconhecidos nas cartas constitucionais, apesar da Carta brasileira já reconhecer alguns desses direitos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento.

#### 4.1.4 Outras dimensões?

Decorrente das inovações tecnológicas e dos novos anseios da sociedade, alguns autores, como Paulo Bonavides<sup>160</sup>, classificam os novos direitos recepcionados pelas Cartas

<sup>157</sup> SARLET, 2009, p. 48.

<sup>158</sup> BONAVIDES, 1997, p. 524.

<sup>159</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 217.

<sup>160</sup> BONAVIDES, 1997, p. 524.



Constitucionais com uma dimensão diferente das já anteriores. Tais direitos seriam consequências da globalização do neoliberalismo que, apesar de trazer mais problemas do que os que intenta resolver, possui um conteúdo dentro da sua globalização política que se desenvolve sem estar atrelado à ideologia neoliberal: os direitos fundamentais.

Essa globalização leva à institucionalização do Estado social, gerando os direitos de quarta geração, os quais Paulo Bonavides elenca-os como sendo o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, enaltecendo que compendem a esses direitos o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos, sento tão-somente com eles a legitimidade e a possibilidade da globalização política.

Vale ressaltar que as outras dimensões não deixam de existir com a possibilidade de uma quarta. “Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”<sup>161</sup>.

Percebe-se que, na visão do renomado doutrinador, “o direito à democracia direta e globalizada é o mais importante dos direitos fundamentais de quarta dimensão, no qual o Homem é a constante axiológica para o qual convergem todos os interesses do sistema”<sup>162</sup>.

Konrad Hesse<sup>163</sup>, implicitamente, coaduna com a posição central da democracia direta como um direito fundamental – mas não o classifica em nenhuma dimensão – ao afirmar que a configuração jurídica dos direitos fundamentais se baseia nos princípios do sufrágio geral, livre, igual e secreto. Assenta, ainda, que esses direitos fundamentais regulam e asseguram a livre e igual participação dos cidadãos na formação da vontade política e, ainda mais, protegem a atividade e a igual oportunidade das minorias políticas e a formação da opinião pública.

Não obstante, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>164</sup> afirma que, em outra obra, *A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais*, Paulo Bonavides<sup>165</sup> coloca o direito à paz em lugar de destaque:

Considerações similares dizem respeito ao direito à paz que, na concepção de Karel Vasak, integra a assim designada terceira dimensão dos direitos humanos e fundamentais, mas que, de acordo com a proposta de Paulo Bonavides, movida pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos

<sup>161</sup> Ibid., p. 525.

<sup>162</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 218.

<sup>163</sup> HESSE, 2009, p. 37.

<sup>164</sup> SARLET, 2009, p. 51.

<sup>165</sup> BONAVIDES, 1997, p. 524.

humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.

Demonstra-se que já existe na doutrina considerações acerca de novas dimensões dos direitos fundamentais, contudo, entende o Supremo Tribunal Federal que, por não haver um marco histórico definitivo de cada uma dessas novas dimensões, ainda se está em transição para uma quarta.

#### 4.2 O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Infere-se do *supra* exposto que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à história, “fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano”<sup>166</sup>, possuindo um caráter plenamente aberto e mutável. Mas, de que forma esses direitos fundamentais foram incorporados às novas constituições pós-modernas? Ana Paula de Barcellos<sup>167</sup> tenta responder a essa pergunta:

[...] um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais.

Da explicação da citada professora, pode-se chegar a algumas conclusões. Primeiramente, as normas de direitos fundamentais ganharam o *status* de *normas constitucionais*, passando a fazer parte do corpo normativo das constituições pós-modernas, formando um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.

Em segundo lugar, a Constituição foi levada ao topo do ordenamento jurídico. Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>168</sup>, “As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediata-

<sup>166</sup> Ibid., p. 52-53.

<sup>167</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 137.

<sup>168</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 273.

mente todas as situações que contemplam”. Em outras palavras, “Todas as normas constitucionais, sem exceção, mesmo as permissivas, são dotadas de imperatividade, por determinarem uma conduta positiva ou uma omissão, de cuja realização são obrigadas todas as pessoas e órgãos às quais elas se dirigem”<sup>169</sup>.

Para Dirley da Cunha Júnior<sup>170</sup>, essa imperatividade, característica marcante das constituições rígidas, quando enfocada nas normas jurídicas, traz a nova noção de unidade constitucional:

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: *todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo.*\*

Sendo assim, consequência direta da superioridade jurídica é a revogação de todas as normas anteriores com ela contrastantes e a nulidade de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência incompatíveis com ela. Por outro lado, o ordenamento jurídico passa a compor uma *unidade* por ter todas as suas normas em um mesmo nível hierárquico.

A terceira característica marcante é a incorporação de valores e opções políticas às cartas constitucionais, inclusive nas normas fundamentais. A Constituição passa a ser vista como um sistema uno e que privilegia determinados valores, fazendo com que todas as normas constitucionais possuam, sem exceção, força normativa, diferenciando-se entre si apenas em relação ao seu *grau* de eficácia<sup>171</sup>.

Konrad Hesse leciona que a força normativa da constituição reside justamente na sua adaptação inteligente a uma dada realidade e a possibilidade de se converter em força ativa (a qual se assenta na natureza singular do presente)<sup>172</sup>. Afirma o aludido autor que a Cons-

<sup>169</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 52.

<sup>170</sup> Ibid., p. 55.

Explica o professor, o que significa compatibilização *formal e material*: “Essa compatibilização deve ser *formal*, no sentido de que estão de acordo com o modo de produção legislativa tracejado na carta maior; e *material*, no sentido de que o conteúdo desses atos guarda harmonia com o conteúdo da lei magna” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 55).

<sup>171</sup> Comparando a Constituição brasileira atual com as antigas, ressalta Barroso e Barcellos: “A *falta de efetividade* das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não-reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a lei fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.” (BARROSO; BARCELLOS, 2007, p. 272).

<sup>172</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. In: KONRAD, Hesse. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

tuição não tem possibilidade de realizar nada, contudo, tem o poder de impor tarefas, constituindo-se em *força ativa* justamente no momento em que essas tarefas são efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida e se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Sendo assim, para que os direitos fundamentais possam ter efetividade na realidade social, mister que haja uma Constituição em que suas normas sejam superiores às infraconstitucionais; que as normas constitucionais entre si não possuam hierarquia e que se busque sempre a força normativa da constituição.

Entretanto, para os direitos fundamentais sejam eficazes, é necessário que sejam interpretados adequadamente, mas isso só pode ser feito se antes houver um aprofundamento de estudo em relação à estrutura das normas de direitos fundamentais.

#### 4.3 A NOVA POSTURA DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS NA PÓS-MODERNIDADE

Como o termo princípio figura como uma expressão análoga, assim como a maioria dos termos na seara jurídica, Paulo Bonavides<sup>173</sup> apropria da investigação realizada por Riccardo Guastini para tentar chegar a um conceito adequado do seu significado, recolhendo Guastini, da jurisprudência e de diversos juristas, seis distintos conceitos, quais sejam:

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio”, diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.

Em segundo lugar, [...] os juristas usam o vocábulo “princípio” para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em terceiro lugar, [...] os juristas empregam a palavra “princípio” para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter “programático”.

Em quarto lugar, [...] o uso que os juristas às vezes fazem do termo “princípio” é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Em quinto lugar [...] “os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações)”.

Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão “princípio” para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas

<sup>173</sup> GUASTINI, 1992 apud BONAVIDES, 1997, p. 257-258.

aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Para a chamada “Velha Hermenêutica”, os princípios não eram dotados de normatividade, servindo apenas como vetores programáticos na sociedade, e é justamente o seu caráter normativo proporcionado pela pós-modernidade que revoluciona toda a realidade jurídica atual, principalmente a constitucional<sup>174</sup>.

Tanto as regras quanto os princípios são provenientes de textos, e o ato de interpretar tais textos leva ao que chamamos de “norma jurídica”. Também citando Riccardo Guastini, Humberto Ávila<sup>175</sup> assenta que “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. Coadunando com o entendimento, Umberto Eco<sup>176</sup> ressalta que “[...] um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido”.

A norma figura, então, como gênero de onde provem as regras e os princípios. A despeito de comumente se falar apenas das diferenças entre tais termos, eles também possuem características semelhantes:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.<sup>177</sup>

Robert Alexy afirma que o critério tradicional de distinção entre regras e princípios está atrelado ao *grau de generalidade* entre elas. Para o autor, os princípios figuram como

---

<sup>174</sup> Paulo Bonavides leciona que a juridicidade dos princípios passaram por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. [...] A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’. [...] Com efeito, assinala Gordillo Cañas, os princípios entram nos Códigos unicamente como ‘válvula de segurança’, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos ‘para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo’. [...] A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 1997, p. 259-264).

<sup>175</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

<sup>176</sup> ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28.

<sup>177</sup> ALEXY, 2008, p. 87.

normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras possuem grau de generalidade relativamente baixo<sup>178</sup>.

Afirma, ainda, a existência de outros critérios de distinção<sup>179</sup>, tais como “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica<sup>180</sup>. Contudo, entende Alexy que há um critério de distinção que distingue nitidamente os dois tipos de normas, já que figura como característica particular dos princípios: é a característica dos princípios como mandamentos de otimização. De acordo com esta peculiaridade, os princípios devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas. Diferentemente é a postura das regras, as quais são sempre satisfeitas ou não satisfeitas: “Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos”<sup>181</sup>.

Sendo assim, confirma-se o maior grau de abstração dos princípios, não regulando condutas e não estabelecendo as hipóteses de situações em que eles poderão incidir. Sua aplicação decorre do sistema denominado *ponderação*, no qual o intérprete, havendo conflito entre princípios no caso concreto, deverá sopesar qual deles tem um valor “maior” *naquele* específico caso, o que não ocasiona a exclusão do outro princípio, já que ele poderá ter um valor “maior” em situação diversa (v. *supra*).

---

<sup>178</sup> Por outro lado, Humberto Ávila tenta classificar outras formas de distinção entre regras e princípios, *in verbis*: “[...] os critérios usualmente empregados são os seguintes: [...] Em *primeiro lugar*, há o critério do *caráter hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. [...] Em *segundo lugar*, há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. [...] Em *terceiro lugar*, o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante a ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. [...] Em *quarto lugar*, há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada” (ÁVILA, 2004, p. 39).

<sup>179</sup> Dentre as diversas possibilidades de distinção entre regras e princípios, vale destacar a distinção quanto ao conteúdo feita por Barroso. Ele assevera que os princípios destacam-se como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados, trazendo em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são *fins* públicos. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida ao intérprete. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos (BARROSO, 1997, p. 355).

<sup>180</sup> ALEXY, 2008, p. 88.

<sup>181</sup> ALEXY, 2008, p. 91.

As regras, por sua vez, possuem caráter objetivo, geral e abstrato, delimitando as condutas e as hipóteses de situações em que ela pode incidir. Nesse contexto, as regras operam-se no sistema denominado subsunção: ocorrendo o fato descrito no relato abstrato da norma, a conclusão será a que nela estiver prescrita. Havendo conflito de regras no caso concreto, apenas um deles poderá sair vencedor no momento da interpretação, o que resulta na exclusão do outro do ordenamento jurídico. É a modalidade denominada *tudo ou nada*.

Lenio Luiz Streck<sup>182</sup> ressalta que não se deve levar ao maniqueísmo de classificar os princípios como “bons” e as regras como “más”, pois ambos são importantes para o ordenamento jurídico.

Distinguir regra e princípio não pode significar que as regras sejam uma espécie de renegação do passado – e de seus fracassos –, tampouco que os princípios traduzam o ideal da “boa norma”. [...] Regras [...] produzidas democraticamente podem/devem, igualmente, traduzir a institucionalização da moral no direito. [...] Mas as regras não são “boas” nem “más”; carregam, inegavelmente, um capital simbólico que denuncia um modelo de direito que fracassou: o modelo formal-burguês, com suas derivações que cresceram à sombra do positivismo jurídico.

Como mencionado anteriormente, o pós-positivismo surge não para aniquilar os frutos do positivismo, mas sim para trazer à tona a necessidade dos valores também fazerem parte do universo jurídico, podendo, como mencionado, possuir três funções diferentes: a de condensar valores, dar unidade ao sistema e de condicionar a atividade do intérprete.

#### 4.3.1 Princípios que materializam a efetividade dos direitos fundamentais

Observa-se que a pós-modernidade, juntamente com o neoconstitucionalismo, proporcionou o ingresso dos valores às novas cartas constitucionais. Mas não apenas isso, as novas mudanças possibilitaram a visão do ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras e princípios. Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug<sup>183</sup> asseveram que as constituições atuais devem ser compreendidas como um sistema normativo dinâmico, posto que ela não se encontra apartada da sociedade que visa a regular. Assentam que deve haver uma rela-

---

<sup>182</sup> STRECK, Lenio Streck. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade do juiz”**. [200-]. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

<sup>183</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 150.

ção de reciprocidade entre a realidade fática e a normativa, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa e vice-versa.

A fim de adequar a realidade fática à normatização, alguns princípios se destacam na busca da efetividade das normas constitucionais, trazendo forte carga axiológica que lhes são peculiares e ajudando na interpretação do ordenamento como um todo.

#### 4.3.1.1 *Princípio da Efetividade*

O primeiro deles a ser lembrado é o Princípio da Efetividade. Este princípio acresce uma nova característica aos atos jurídicos em geral, os quais, de acordo com a doutrina clássica, se dividiam em apenas três planos: o da existência, validade e eficácia. Barroso e Barcellos<sup>184</sup> assim o define:

*Efetividade* significa a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Desta forma, de acordo com o princípio da efetividade, o intérprete, no momento de analisar a norma constitucional, deve interpretá-la de acordo com a realidade fática, devendo escolher, entre as várias interpretações possíveis, aquela que melhor alcance a vontade da sociedade.

Contudo, André Puccinelli Júnior<sup>185</sup> adverte que não se deve confundir os termos *eficácia* e *efetividade*. *In verbis*, assim expõe os dois conceitos:

A primeira designa a qualidade, que de resto acompanha todas as normas jurídicas, de produzir em maior ou menor grau os seus efeitos típicos. Diz respeito apenas à potencial aptidão do ato normativo para surtir efeitos a que se preordena, sem nutrir a preocupação de investigar se tais efeitos realmente vingaram ou se a norma é de fato respeitada e cumprida no âmbito das relações sociais. É neste quarto plano, o da realidade subjacente, que emerge o conceito de efetividade ou eficácia social, retratada por Kelsen como a particularidade de uma norma jurídica ser efetivamente aplicada e observada na ordem dos fatos.

Depreende-se, assim, que todas as normas constitucionais possuem a capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico (José Afonso da Silva as classificou como normas de *efi-*

<sup>184</sup> BARROSO; BARCELLOS, 2007, p. 303.

<sup>185</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71-72.



*cácia jurídica*, afirmando não existir nenhum dispositivo na Constituição que não possua tal característica, uma vez que todas as normas constitucionais são de observância obrigatória, não existindo nela normas que atribuam meros conselhos ou lições), mas nem todas possuem os instrumentos necessários para a sua real aplicação na realidade social – conceituadas como normas de *eficácia social*. Luís Roberto Barroso explica que a efetividade das normas jurídicas é observada quando elas são cumpridas de forma espontânea pela sociedade e exemplifica em que casos não ocorrerá a efetividade<sup>186</sup>:

Sem embargo, descartados os comportamentos individuais isolados, há casos de in-submissão numericamente expressiva, quando não generalizada, aos preceitos normativos, inclusive os de hierarquia constitucional. Assim se passa, por exemplo, quando uma norma confronta-se com um sentimento social arraigado, contrariando as tendências prevalecentes na sociedade. Quando isto ocorre, ou a norma cairá em desuso ou sua efetivação dependerá da freqüente utilização do aparelho de coação estatal. De outras vezes, resultará difícil a concretização de uma norma que contrarie interesses particularmente poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais, os quais, por acumpliciamento ou impotência, relutarão em acionar o mecanismo para impor a sua observância compulsória<sup>187</sup>.

Ocorre que, apesar da norma constitucional “nascer” para ser efetiva, para ter cumprimento espontâneo desde o seu surgimento, é inquestionável que muitas das normas da Carta Magna não são plenamente efetivas, e isso ocorre basicamente em duas situações: “I) quando a norma contraria tendências e valores socialmente arraigados; II) quando sua concretização colide com interesses poderosos, influentes sobre os próprios organismos estatais”<sup>188</sup>.

Ora, na primeira hipótese, a norma já nasce viciada. Como exposto acima, a norma constitucional deve estar relacionada com a realidade fática, ocorrendo entre a norma e a realidade prática uma relação dialética, na qual uma influencia a outra. Na hipótese em análise, isso não ocorre, motivo pelo qual a norma acaba não surtindo efeitos concretos.

A segunda hipótese é mais preocupante, e tem nítida relação com o objetivo deste trabalho. Aqui, a norma não se concretiza por opção daquele que detém poder, o que impossibilita a efetividade da norma constitucional. Ocorrendo, por exemplo, quando a norma constitucional obriga o órgão legislativo à criação de uma determinada lei e o poder legislativo não cumpre com sua devida responsabilidade. Seja porque não é interessante por alguns dos parlamentares, seja em virtude do *lobbie* que ainda vicia o parlamento, seja por outros grupos de

<sup>186</sup> Para ilustrar a situação, Barroso traz o exemplo histórico da compulsoriedade da vacinação contra a varíola, em 1904, no qual existia a eficácia jurídica da norma – uma vez que ela era obrigatória – mas não sua eficácia social (efetividade), haja vista a reação social contra a sua compulsoriedade, o que levou, inclusive, a uma rebelião militar.

<sup>187</sup> BARROSO, 2001. p. 83.

<sup>188</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 72.

interesse na manutenção do *status quo* atual. Desta forma, a norma não é efetiva em virtude da própria atuação daqueles que teriam a obrigação de cumpri-la.

O princípio da efetividade surge justamente para tentar coibir este tipo de ação que prejudica a concretização da norma constitucional. Serve como um reforço para o princípio da supremacia da constituição, procurando cada vez mais a aplicabilidade plena das normas constitucionais.

Percebendo a importância e a extensão de complexidade do princípio da efetividade André Puccinelli Júnior o desdobra em outros dois subprincípios: o da proibição do retrocesso social e da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os quais são importantes a ser lembrados.

#### 4.3.1.2 *Princípio da Proibição do Retrocesso Social*

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>189</sup> pondera que, apesar do princípio em tela não estar explícito na carta constitucional de 1988, pode-se perceber a sua consagração em algumas passagens da carta, como a garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias legislativas dos direitos fundamentais são para o citado autor decisão clara do constituinte em prol da vedação do retrocesso. Completa o seu pensamento afirmando que também é uma hipótese de proibição do retrocesso social:

[...] a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte<sup>190</sup>.

Procura-se com o aludido princípio fazer com que os direitos alcançados pelos cidadãos não sejam alvo de posterior restrição. O que se combate aqui é a impossibilidade de restrição de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do cidadão. Coadunando com o enten-

<sup>189</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. 2004. Disponível em: <www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2009.

<sup>190</sup> SARLET, 2004, p. 12.

dimento deste trabalho, Canotilho<sup>191</sup>, analisando os direitos de segunda dimensão e o princípio da proibição do retrocesso, assenta que:

[...] os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social.

Fruto de um Estado social e democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 tem por objetivo a concretização de suas normas constitucionais. E essa efetividade não poderia ser alcançada se, quando conseguisse a concretização de algumas de suas normas, fossem posteriormente restringidas.

André Puccinelli Júnior<sup>192</sup> explica que esse princípio passou a ser ventilado nos tribunais brasileiros após as quatro dezenas de emendas que alteraram a constituição brasileira, em especial no campo da Previdência Social. Enquanto se esperava pela regulamentação das normas programáticas que a constituição elencou, o poder público preferiu alterar direitos já conseguidos pelos cidadãos. Decididos a frear o ímpeto neoliberal, os tribunais superiores, após algumas hesitações, acabaram assimilando a proibição do retrocesso social para declarar a inconstitucionalidade de investidas voltadas a suprimir ou minimizar os novos direitos econômicos, sociais e culturais incorporados à Carta de 1988.

O aludido autor marca como ponto decisivo de virada de entendimento a decisão proferida pelo STF em 24 de abril de 1999, a qual concedeu medida cautelar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) movida pelo Partido Socialista Brasileiro (ADIn 1.946 MC/DF – Distrito Federal). No processo, o Partido impugnou o art. 14 da Emenda Constitucional (EC) nº. 20/98, o qual havia limitado os benefícios previdenciários devidos aos segurados do regime geral ao importe máximo de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), alcançando, por via reflexiva, o pagamento da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, CF. Analisando o caso, o STF considerou que “à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC nº. 20/98, de modo a torná-

<sup>191</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 468-469.

<sup>192</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 75.

lo insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”<sup>193</sup>.

Desta forma, o STF impediu um retrocesso social por alteração da própria carta magna, o que demonstra que nem mesmo as normas constitucionais podem restringir um direito do cidadão sem ao menos ampliar outro.

Outro exemplo semelhante traz Ingo Wolfgang Sarlet<sup>194</sup> ao analisar o Tribunal português, no qual o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 39 de 1984:

[...] declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde. Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP), posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.

Convém assinalar que o princípio em debate está intimamente relacionado ao da máxima efetividade das normas constitucionais. Seria uma incongruência a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais juntamente com a hipótese de retrocesso social\*. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>195</sup> ressalta que a indispensável otimização da eficácia e efetivi-

<sup>193</sup> ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16-05-2003.

<sup>194</sup> SARLET, 2004, p. 13.

<sup>195</sup> Exemplificando as hipóteses de proibição do retrocesso social na Carta Magna de 88, leciona Ingo Wolfgang Sarlet: “Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica,

dade do direito à segurança jurídica reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo. Dada a importância do tema, estudar-se-á o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais no ponto a seguir.

#### 4.3.1.3 *Princípio da Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais: o art. 5º, § 1º da CF/88*

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, com fundamento legal no art. 5º, § 1º da CF/88, tem o objetivo de conferir maior efetividade às normas constitucionais, servindo de guia para os legisladores no momento de criação ou alteração das novas normas e de parâmetro para a busca da efetividade de direitos.

Verbera o referido dispositivo que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Embora localizado topograficamente no título dos direitos e garantias fundamentais, esse princípio alcança todas as normas de direitos funda-

---

que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior. Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los” (SARLET, 2004, p. 25).

<sup>195</sup> SARLET, 2004, p. 24.

mentais, mesmo que não estejam dentro deste título<sup>196</sup>. Percebe-se, com isso, que o “[...] o constituinte não pretendeu, com certeza, excluir do âmbito do art. 5º, § 1º, de nossa Carta, os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais [...]”<sup>197</sup>.

Pretendeu o constituinte que os direitos e garantias fundamentais tivessem garantida a sua aplicabilidade desde o momento da sua promulgação, não necessitando de nenhuma regulamentação posterior, seja ela legislativa ou executiva, para que começasse a produzir efeitos, “sujeitando os Poderes Públicos ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”<sup>198</sup>.

Já que os Poderes Públicos compõem um dos destinatários das normas que consagram os direitos fundamentais, cabe identificar em que medida o legislador e os órgãos jurisdicionais podem realizar tal princípio. Neste sentido, pondera Flávia Piovesan<sup>199</sup> que compete ao legislador no que tange aos direitos fundamentais:

a) proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa de lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas.

Por seu turno, assenta a autora que compete aos órgãos jurisdicionais:

a) interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e b) densificar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de leis concretizadoras<sup>200</sup>.

Destaque-se a referência que Dirley da Cunha Júnior<sup>201</sup> faz ao ensinamento de Canotilho e Vital Moreira, os quais afirmam que a aplicação direta dos direitos fundamentais não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

<sup>196</sup> Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior: “Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)” (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 271).

<sup>197</sup> SARLET, 2009, p. 262.

<sup>198</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 79.

<sup>199</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107-108.

<sup>200</sup> PIOVESAN, 2003, p. 108.

<sup>201</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 273.

Busca-se, portanto, fazer com que os direitos fundamentais sejam efetivamente aplicados<sup>202</sup>. Desta forma, figura injustificável a existência de normas de eficácia limitada (que precisam de posterior regulamentação) quando da existência deste dispositivo, afinal, elas já se materializam como *efetivas* desde a sua promulgação. Ou seja, “a questão não está mais em discutir se há ou não aplicação imediata dos direitos fundamentais, que é pressuposto, mas sim, em como realizar e tornar efetiva essa aplicação imediata”<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> A importância dos direitos fundamentais é tão importante para a sociedade atual que a doutrina prima, também, pela possibilidade de atuação dos direitos fundamentais na atividade privada. Existe uma corrente minoritária afirma a existência da aplicação apenas indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, composta por autores como Francisco Lucas Pires e Carlos Alberto Motta Pinto. Por outro lado, a corrente majoritária, composta por autores como J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Ana Prata e Daniel Sarmiento apostam na vinculação direta e imediata dos direitos fundamentais aos particulares. Daniel Sarmiento ilustra de que forma ocorre essa Teoria Horizontal dos Direitos Fundamentais nos julgados: a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou em algumas decisões esta doutrina, sendo célere o caso, julgado em 1957, no qual reconheceu, com base em preceitos constitucionais, sem a invocação de nenhuma norma ordinária da legislação trabalhista, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 205).

<sup>203</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 283.

## 5 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

### 5.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tendo visto as conseqüências ocorridas com a mudança de eixo temático de um sistema jurídico centrado na *lei* para um sistema focado na *constituição* e a sua evolução para o desenvolvimento dos *direitos fundamentais*, resta agora estudar o grau de eficácia das normas disciplinadoras destes direitos fundamentais. O estudo aqui pretendido, portanto, tem por objeto a *aplicabilidade* das normas introduzidas na Constituição, tenham elas aderido a este diploma quando da sua promulgação, pelo constituinte originário, seja através das emendas constitucionais advindas com o decorrer dos anos, através dos legitimados derivados.

Este ponto tem o intuito de explorar um dos assuntos primordiais deste trabalho, o *combate às omissões inconstitucionais*. A fim de entender o que é a omissão inconstitucional, como ela surge, qual a forma de combatê-la, mister analisar-se, primeiramente, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais e o seu devido alcance e efetividade.

Ademais, após vinte anos de promulgada a Constituição Cidadã, a sociedade brasileira percebe que muitos dos direitos por ela assegurado ainda não podem ser exercidos pela falta legislativa referente a devida matéria. E é justamente “Neste complexo quadro de aspirações individuais e sociais, ganham relevo categorias novas de expectativas, cujos contornos estão em divergência com as fórmulas clássicas”<sup>204</sup>.

A realidade, entretanto, é diversa do esperado. Os instrumentos judiciais criados para dar aplicabilidade às normas constitucionais têm apresentado resultados cada vez mais insatisfatórios. Em face desta insatisfação, é necessário que se criem novas possibilidades para suprir essa leniência legislativa e que se dê uma nova leitura a esses mecanismos clássicos.

A discussão sobre o tema é das mais extasiantes na doutrina, e no momento oportuno teremos a ousadia de trazer novas soluções e dar uma diferente leitura a mecanismos já existentes, desmitificando os preconceitos e equívocos que circundam o tema do controle de constitucionalidade e explicá-los à luz dos princípios e direitos fundamentais.

No momento, iremos nos ater à referida questão da aplicabilidade, explorando as teorias clássicas referente ao tema, as características das normas constitucionais e o pressuposto da supremacia da constituição para a sua existência no direito moderno.

---

<sup>204</sup> BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.



## 5.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO PRESSUPOSTO PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Foi visto acima que as constituições escritas surgiram para regular o fenômeno político e o exercício do poder, ditando limites ao chefe do executivo e abrigando preceitos asseguradores das funções estatais e dos direitos fundamentais.

Tornou-se imprescindível, então, o crescimento das constituições escritas, pois tais constituições permitem notoriamente o conhecimento sobre os limites da autoridade e o reconhecimento dos direitos e garantias dos cidadãos. Contudo, de nada adiantaria redigir uma constituição se suas normas não fossem respeitadas, pois é sua obrigatoriedade que lhe dá o caráter de imperatividade.

Mas as normas constitucionais não são *apenas* imperativas, elas são *supremas*. Não se deve esquecer que as normas constitucionais são elaboradas por um poder constituinte originário, detentor de poderes iniciais e ilimitados, além de ser um poder autônomo; diferentemente das demais normas que se integram posteriormente ao ordenamento jurídico, já que estas são elaboradas por um poder constituinte derivado (ou constituído). “A supremacia da constituição resulta, conseqüentemente, do seu caráter inicial e fundante do sistema jurídico”<sup>205</sup> Afinal, é a Constituição quem inicia a vida jurídica de um país.

Esse sistema hierarquizado de normas jurídicas foi primeiramente previsto por Hans Kelsen. O autor previu o ordenamento jurídico como uma pirâmide, no qual no topo estaria a Constituição emanando a sua força por todo o sistema. Sendo assim, tendo como destaque a sua supremacia, todas as manifestações normativas, em um Estado de Direito, devem estar em consonância com a Constituição e jamais contra ela.<sup>206</sup>

A Constituição é a norma primeira de um ordenamento jurídico, ela é a norma fundamental e por isso tem supremacia em relação às demais normas do sistema. Dirley da Cunha Júnior, parafraseando Canotilho, considera a constituição como uma Lei Suprema não apenas por ser ela uma fonte de produção normativa, mas também porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana<sup>207</sup>. Mais adiante, explica o autor que:

A supremacia da Constituição conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Essa superioridade, ainda

<sup>205</sup> SILVA NETO, 2008, p. 169.

<sup>206</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 99.

<sup>207</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 99-100.

segundo o autor de Coimbra, implica em que: a) as normas constitucionais constituem uma *Lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); b) as normas da constituição são *normas de normas* (*normae normarum*), afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas, e c) a superioridade normativa das normas constitucionais gera o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição. (grifos do autor)

Todos os atos públicos devem estar em conformidade com a Constituição, sejam esses atos comissivos ou omissivos. Ou seja, a Constituição ordena que toda ação realizada pelo ente estatal deva estar atrelada aos ditames da norma fundamental, assim como também impõe que o poder público atue quando lhe for exigido, a fim de que não se configure a omissão inconstitucional.

O controle de constitucionalidade, portanto, só existe na hipótese de uma constituição suprema. Mas não apenas isso, a possibilidade de controle de constitucionalidade reclama a satisfação de alguns requisitos, quais sejam: “a) existência de uma Constituição formal e rígida; b) previsão de ao menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade; c) compreensão da Constituição como Lei Fundamental e vontade de realizá-la”<sup>208</sup>.

Deste modo, percebe-se que só é possível se falar em supremacia constitucional quando houver uma constituição rígida, pois é a estabilidade conferida por essa constituição, alcançada com a previsão de um rito solene e rigoroso para a sua transformação, que garante que o legislador ordinário não preveja hipóteses que não coadunem com o *espírito* da Constituição.

Ademais, necessário se faz a existência de um órgão que julgue as possíveis inconstitucionalidades. No Brasil, esse órgão fica a cargo do Poder Judiciário, seja pela esfera concentrada, através do Supremo Tribunal Federal, seja na esfera difusa, através dos juízes e tribunais. Contudo, excepcionalmente, a Constituição confere ao Legislativo e o Executivo poder de apreciar a matéria.

A doutrina prevê duas vertentes para a supremacia constitucional: a material e a formal. Afirma-se que a supremacia material ocorre quando há a submissão do conteúdo da norma jurídica aos ditames constitucionais; por outro lado, defender a supremacia formal é admitir a existência de processo legislativo mais solene e demorado para a mudança constitucional<sup>209</sup>.

Ora, a fim de se efetivar a Constituição, mister que sejam respeitadas suas normas, por serem elas supremas e imperativas, de ordem obrigatória e incondicional. E, para entender esse caráter imperativo, necessário se faz que as estudemos mais detalhadamente.

<sup>208</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 106.

<sup>209</sup> SILVA NETO, 2008, p. 169.

### 5.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Antes de adentrarmos na discussão da aplicabilidade em si, é interessante relembrarmos o conceito de constituição quanto ao critério do seu conteúdo, no qual a doutrina a classifica como “formal” ou “material”. Constituições materiais são aquelas que disciplinam de forma exclusiva as questões ligadas à organização do Estado, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais; por outro lado, as Constituições formais são aquelas que não apenas disciplinam estes temas, elas vão além, inserindo em suas normas matérias que não guardam co-relação com aquelas. “Assim, será constituição tudo o que versar sobre a organização do poder político, a separação dos poderes e a disciplina dos direitos fundamentais. O objeto remanescente, malgrado inserido no texto constitucional, apenas pode ser considerado sob a ótica formal [...]”<sup>210</sup> Exemplificativamente, o art. 242, § 2º da Constituição de 1988, o qual afirma que “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” por não disciplinar sobre organização do poder político, sobre a separação dos poderes ou sobre os direitos fundamentais, será tida como uma norma de eficácia formal.

Há doutrinadores que entendem que a aferição da aplicabilidade deveria estar restrita às disciplinas materiais da Constituição, contudo, a doutrina brasileira amplamente majoritária entende que nossa Constituição é eminentemente formal, ou seja, todas as normas inseridas neste diploma têm caráter constitucional, podendo, portanto, ser-lhes aplicadas a teoria da aplicabilidade. Pode-se inferir, desta forma, que apesar da importância da classificação das constituições, esta classificação quanto ao conteúdo fica prejudicada quando o assunto é sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, uma vez que basta que exista a norma na constituição para que ela seja interpretada constitucionalmente.

Seguindo o mesmo entendimento quanto à irrelevância da classificação referente a este critério no que tange a aplicabilidade das normas constitucionais, elucida o professor Dirley da Cunha Júnior<sup>211</sup>:

[...] é irrelevante essa classificação, tendo em vista que, independente de serem normas materiais ou formais, ambas têm igual hierarquia, produzem os mesmos efeitos jurídicos e só podem ser alteradas segundo o rígido e idêntico processo tracejado no texto constitucional onde coabitam. Ou seja, são normas constitucionais e têm a mesma dignidade e juridicidade constitucionais.

<sup>210</sup> Ibid., p. 125.

<sup>211</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 137.

Se as normas constitucionais são dotadas de juridicidade, significa que elas são de cumprimento obrigatório, devendo ser respeitadas e obedecidas por todos os seus destinatários, como explicado anteriormente neste trabalho. A norma constitucional, espécie de norma jurídica, não depende da vontade dos indivíduos, pois a norma não é conselho, mas ordem a ser seguida. A norma é jurídica “[...] não só quando comanda, impõe ou proíbe uma conduta, como, também, quando impõe ou estabelece forma de organização de ente jurídico, uma situação jurídica etc”<sup>212</sup>.

Mas não basta o caráter imperativo da norma para que ela seja cumprida, mister que haja a previsão de uma sanção na hipótese de sua transgressão. A fim de explicar a questão, leciona o ilustre doutrinador Paulo Nader<sup>213</sup>:

Para alcançar a sua maior efetividade e garantir ao mesmo tempo a ordem social, as normas jurídicas possuem *coercibilidade*, isto é, possibilidade de ser acionado o dispositivo *força* sempre que necessário ao cumprimento das prescrições. Enquanto a coercibilidade é força em potência, a coação é em ato. Ocorrendo a hipótese, por exemplo, de uma ordem judicial, fundada na lei, não ser acatada, a força deixa o seu estado de potência para transformar-se em ato. A disponibilidade do uso de força é essencial à vida do Direito. A experiência mostra, a cada dia, que o ser humano não se contém nos lindes da lei. Uma parcela considerável da sociedade revela desvio de conduta, descumprindo a lei e não honrando os pactos assumidos. O corpo social sente-se vulnerável à ilicitude e exige a aplicação da lei na defesa de seus legítimos interesses. Assim, ao planejar os atos normativos, o legislador, ao mesmo tempo que estabelece as diretrizes do comportamento, se ocupa em definir o *modus operandi* da força, tanto para fins intimidativos quanto para efeito de ressarcimentos.

É a presença da sanção na norma, efeito material da coação<sup>214</sup>, que garante a sua plena eficácia. E, “Em se tratando de normas constitucionais, a desobediência implica, entre outras, na sanção jurídico-constitucional da nulidade absoluta do ‘ato infrator’, ou da ‘inércia transgressora”<sup>215</sup>

Por outro lado, as normas constitucionais brasileiras possuem diferentes funções e objetivos, o que faz com que possuam eficácia e aplicabilidade diferentes entre si, ora sendo de eficácia plena, limitada ou contida, ora de aplicabilidade mediata ou imediata. Mas, antes

<sup>212</sup> GUSMÃO, 2002, p. 83.

<sup>213</sup> NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 57.

<sup>214</sup> De acordo com Paulo Dourado Gusmão, a coação pode ser de duas espécies: psicológica e material. “Esta, pouco usada, ou melhor, exercida razoavelmente; o número de condenados no cível ou no crime é muito menor em relação ao dos que respeitam o direito. Isso porque a coação psicológica, geradora do temor à sanção, ou a educação, fazem com que a maioria se conduza dentro da lei. Vanni (*Lezioni di Filosofia Del Diritto*) a definiu como pressão psíquica do direito, que ‘se dirige à vontade, exercendo constrangimento sobre a consciência’. O temor à sanção, nota Vanni, é um freio à tentação de se desviar do direito. Mas, no entender de Vanni, além desse motivo psicológico haveria motivação superior: o reconhecimento da autoridade que prescreve a norma e o respeito pela própria norma. Dentro desse ponto de vista, de toda procedência, pode-se dizer ser a norma observada pela maioria das pessoas por considerá-la obrigatória e necessária, e não para evitar a sanção” (GUSMÃO, 2002, p. 84).

<sup>215</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 138.

de aprofundarmos as diferenças entre cada uma delas, mister que nos atenhamos à distinção terminológica de alguns conceitos, como os de *existência*, *validade*, *eficácia* e *efetividade*.

### 5.3.1 Existência

Em primeiro lugar, devemos distinguir os conceitos de *existência* e o de *vigência*, pois a confusão de significado entre eles não é incomum no mundo jurídico hodierno.

O termo *existência* está relacionado à inclusão da norma jurídica no mundo jurídico. Tal inclusão ocorre através de um complexo processo legislativo no qual as funções executiva e legislativa atuam em concomitância. Em geral, a iniciativa do projeto de lei compete ao Executivo ou Legislativo. Proposta a lei, ela deve ser então discutida na Assembléia Legislativa competente, seguida de uma votação no qual deve constar o *quorum* fixado na Constituição ou no regimento interno da instituição. Aprovada a lei, ela deve ser sancionada e, posteriormente, promulgada. Preenchido todos os requisitos estabelecidos em lei e na própria Constituição, a lei passa, após promulgada, a *existir* no mundo legal.

Pode-se inferir, portanto, que é inexistente a lei que por ventura não tenha preenchido de forma adequada todos os requisitos necessários para a sua implementação. Sintetizando o entendimento, exemplifica André Puccinelli Júnior<sup>216</sup>:

Suponhamos, ilustrativamente, que algum funcionário do *Diário Oficial da União* publique, por um lapso, projeto rejeitado pelo Congresso Nacional que fixava a anistia de multas tributárias, dando-o como aprovado. É impossível invocar o argumento da inconstitucionalidade na situação ilustrada. Com efeito, a suposta “lei” não é inconstitucional, pois sequer existe, uma vez que não foi aprovada, sancionada e promulgada pelos órgãos competentes. Vale dizer, não preencheu os requisitos necessários à sua formação.

Leciona o mestre Pablo Stolze Gagliano<sup>217</sup> que, para que um negócio jurídico venha a existir, deve ter ele quatro elementos constitutivos: manifestação de vontade, agente emissor da vontade, objeto e forma. Como a lei é uma forma de ato jurídico, pode-se concluir que estes elementos também constituem a existência da norma jurídica.

Para que uma lei venha a surgir, deve o agente ser, primeiramente, competente para publicar a norma aprovada, exteriorizando, assim, a manifestação de vontade de um sujeito

<sup>216</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 37.

<sup>217</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLHONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 328-329.

legal. Conseqüentemente, se a exteriorização da vontade ocorrer por meio de erro (como no exemplo *supra*) ou através de coação, por exemplo, inexistirá a referida lei<sup>218</sup>.

Quanto ao requisito do objeto, para existir, “o ato legislativo deve reger hipóteses de ocorrência factível e possuir um mínimo de conteúdo comunicativo”<sup>219</sup>. Além disso, é necessário que as formalidades referente ao processo legislativo sejam cumpridas na íntegra, sob pena de nem vir a existir. “Assim, o projeto aprovado pelo Legislativo e sancionado pelo Executivo não será lei enquanto não houver promulgação”<sup>220</sup>.

Cumpridas, assim, todas as formalidades, passa a lei a existir. E é só a partir da sua existência que a norma passa a ter *vigência*. Mas perceba-se: a norma passa a existir com o cumprimento dos requisitos necessários para a sua implementação, contudo, a vigência não precisa necessariamente *nascer* junto com a norma, pois ela pode *vir ao mundo* em um dia e passar a ter vigência após o prazo previamente estabelecido na própria norma, prazo esse que a doutrina convencionou chamar de *vacatio legis*. Nota: para uma lei ter vigência, necessariamente ela deve existir.

Durante esse período da *vacatio legis* a norma existe, mas não é obrigatória, ou seja, não produz efeito nenhum. Saliente-se, dizer que uma norma existe não é a mesma coisa de dizer que ela tem vigência.

### 5.3.2 Validade

Também aqui deve-se atentar para não se confundir os conceitos de *validade* e *existência*. “Explica-se: uma norma jurídica existe ou não existe; existindo, será válida ou inválida, eficaz ou ineficaz. Além disso, poderá ser observada de forma espontânea e efetiva pelos seus destinatários, ou jazer como letra morta por não granjear a simpatia popular [...]”<sup>221</sup>. Apesar de trazer uma certa dificuldade de separar o entendimento de existência e validade, ambos não se confundem, haja vista os critérios dogmáticos de reconhecimento de cada um deles serem diferentes.

---

<sup>218</sup> No mesmo sentido, Wilson Alves de Souza: “No que se refere ao sujeito, é indispensável verificar a capacidade do agente e a liberdade no agir, ou seja, se o ato foi praticado por agente capaz segundo o disposto pelo ordenamento jurídico a respeito das condições de aquisição da capacidade, e se a manifestação de vontade não se encontra viciada (provida mediante erro, dolo, fraude ou coação)” (SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 136).

<sup>219</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 38.

<sup>220</sup> Ibid., p. 40.

<sup>221</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 36.

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>222</sup> conceitua a validade da norma jurídica com os dizeres de Luiz Antonio Rizatto Nunes, para quem a validade:

[...] tanto pode referir-se ao aspecto técnico-jurídico ou formal quanto ao aspecto da legitimidade. No primeiro caso, fala-se de norma jurídica ser válida quando criada segundo os critérios já estabelecidos no sistema jurídico: respeito à hierarquia, que tem como ponto hierárquico superior a Constituição Federal; aprovação e promulgação pela autoridade competente; respeito a prazos e quorum; conteúdo de acordo com as designações de competências para legislar. No outro, fala-se do fundamento axiológico, cuja incidência ética seria a condição que daria legitimidade à norma jurídica, tornando-a válida.

Portanto, norma válida é a norma que cumpriu adequadamente o seu processo de formação de acordo com o que fixa a Constituição e preenche os requisitos que a lei lhe outorgou para que o ato seja considerado perfeito. Exemplificando, não basta que determinado ato administrativo seja proferido por agente público (elemento de existência), mas que esse agente seja competente; não basta que haja a simples exteriorização do ato, pois sua forma deve vir prevista em lei; e não basta que simplesmente haja um objeto, mister que ele seja lícito e possível. “Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também válido”<sup>223</sup>.

A validade está intimamente ligada a existência de uma norma superior e uma inferior, na qual esta só será válida se cumprir os requisitos impostos por aquela. A Constituição é o principal parâmetro para a verificação de validade das normas jurídicas. É ela quem fixa o procedimento e a matéria que cada ente tem de legislar. A observância das normas de competência é chamada de validade formal, já a relacionada à matéria, de material.

Percebe-se, então, que todas as normas jurídicas no ordenamento jurídico só existem se estiverem respaldadas no processo previsto na Constituição, já que esta é a norma máxima no sistema jurídico brasileiro. Contudo, e a norma constitucional, qual diploma pode ser considerado como parâmetro para o aferimento de sua validade? Elucida-nos o professor Dirley da Cunha Júnior<sup>224</sup>:

A Constitucional (sic), entretanto, como norma suprema de uma ordem jurídica, fundamenta-se, por sua vez, em um poder legítimo cujo titular é o povo, ou seja, o poder constituinte, entendido como um poder político soberano, de caráter inicial,

<sup>222</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Justiça, validade e eficácia das normas jurídicas**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_24/artigos/Art\\_Carlos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_24/artigos/Art_Carlos.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2011.

<sup>223</sup> BARROSO, 2001, p. 83.

<sup>224</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 141.

sem limites, autônomo e incondicionado, que cria e elabora a própria Constituição. Portanto, a validade da norma constitucional repousa, não em outra norma superior, pois não há norma superior à Constituição, mas sim no poder constituinte.

Cumprido todo o processo de criação da norma de forma adequada, temos uma norma válida, passando a surtir efeitos com a sua publicação. Em virtude disso, cumpre ressaltarmos que *validade* e *vigência* também são institutos díspares. Afinal, “Uma norma pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”<sup>225</sup>.

Por outro lado, uma norma pode ser válida e vigente, mas não possuir eficácia.

### 5.3.3 Eficácia e Efetividade

O entendimento da eficácia está atrelado à produção de efeitos jurídicos. “Uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos.”<sup>226</sup> Vigência e eficácia, portanto, não se confundem. Enquanto aquela opera no mundo do *dever-ser*, esta se realiza no mundo do *ser*.

Para que haja eficácia, é preciso que a norma cumpra com alguns pressupostos. Tais pressupostos serão diferentes a depender do tipo de eficácia que se espera, se social ou jurídica. Citando Michel Temer, esclarece Flávia Piovesan<sup>227</sup> a singularidade entre eles:

Esclarece Michel Temer que a eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.

Sinteticamente, pode-se dizer que a eficácia social (também chamada de efetividade) é a real possibilidade de aplicação da norma a casos concretos, da possibilidade em ser efetivamente obedecida e aplicada na realidade social, enquanto a eficácia jurídica está relacionada às condições de aplicabilidade da norma. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no

<sup>225</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 198.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>227</sup> PIOVESAN, 2003, p. 57.



mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social<sup>228</sup>.

Percebe-se, portanto, que a norma jurídica, antes de ter eficácia social, deve ter eficácia jurídica. Ou seja, a possibilidade de produção de efeitos deve ser anterior à sua efetiva obediência.

Sendo assim, podemos dizer que há a possibilidade de existir normas jurídicas dotadas de eficácia jurídica, mas sem eficácia social. Exemplificativamente, temos as omissões inconstitucionais. Estas são frutos de normas não-regulamentadas, o que inviabiliza a efetividade do exercício do direito prescrito pela Constituição no mundo exterior.

O termo eficácia jurídica é tida como um termo conexo ao de aplicabilidade de acordo com José Afonso da Silva<sup>229</sup>. Assim sendo, pode-se dizer que norma aplicável tem o mesmo significado de norma juridicamente eficaz.

Deve-se lembrar que, quanto aos direitos fundamentais, como visto anteriormente, a Constituição brasileira no art. 5º, § 1º verbera que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Como consequência desse dispositivo, assenta o professor Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos prestacionais, típicos de normas limitadas, sempre estarão aptas a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, por menor que seja sua densidade normativa ao nível constitucional. Tema que será melhor explorado *infra*.

Devido a importância dos conceitos vistos até agora e da sua importância para o entendimento de todo o ordenamento jurídico, vale a pena repassá-los com a síntese do professor Manoel Jorge da Silva e Neto<sup>230</sup>:

- a) *eficácia* é a possibilidade de a norma produzir, efetiva (*eficácia social*) ou potencialmente (*eficácia jurídica*), os efeitos peculiares adscritos pelo político e, portanto, sustentando-nos na ilação kelseniana concernente ao mínimo de eficácia, temos por certo que todas as normas constitucionais são eficazes;
- b) *aplicabilidade* é a qualidade do que é aplicável, potencialidade para produção de resultados, identificando-se, assim, com eficácia jurídica;
- c) *validade* da norma reconduz aos requisitos de ordem *objetiva* (observância do processo legislativo específico para a ponência do enunciado normativo no sistema), *subjéctiva* (autoridade competente para emitir a espécie normativa) e *material* (adequação do conteúdo da lei às normas constitucionais);
- d) *vigência* é a qualidade da norma que se encontra apta ao desencadeamento de efeitos no que tange ao espaço e no que toca ao tempo delimitados pela própria ordenação;
- e) *vigor* corresponde ao efeito inerente à ultratividade da norma jurídica;

<sup>228</sup> BARROSO, 2001, p. 85.

<sup>229</sup> De acordo com o renomado autor “[...] eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela com potencialidade; esta com razoabilidade, praticidade. 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, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos” (SILVA, 2008, p. 3).

<sup>230</sup> SILVA NETO, 2008, p. 133-134.

- f) *existência* indica o fato de a norma jurídica estar no sistema, pouco importando seja eficaz, aplicável ou, em certos casos, até mesmo vigente (como na hipótese de lei ainda não em vigor por força de *vacatio legis*, mas, sem dúvida, existente na ordem positiva).

## 5.4 TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Tema recorrente nos últimos anos, a eficácia das normas jurídicas é cada vez mais estudada. Muitos a têm estudado e feito classificações pessoais quanto ao tema, dentre eles: Marçal Justen filho, Maria Helena Diniz, Carlos Ayres Brito, Luis Roberto Barroso, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros.

Em virtude do recorte feito para este trabalho, iremos nos ater à tradicional classificação de José Afonso da Silva sistematizada por ele em 1967 e sendo esta a classificação adotada em ampla maioria de julgados no STF.

Para o renomado autor<sup>231</sup>, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, contudo, em diferentes graus, levando-o a classificar as normas constitucionais, através de seus estudos, em: *a*) normas de eficácia plena; *b*) normas de eficácia contida; *c*) normas de eficácia limitada (sendo esta última subdividida em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático).

### 5.4.1 Normas de eficácia plena

O autor define as normas de eficácia plena como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”<sup>232</sup>.

Desta forma, a aplicabilidade de uma norma de eficácia plena é direta e imediata, haja vista não precisar de nova manifestação do legislador ordinário para o exercício do direi-

<sup>231</sup> A classificação proposta por José Afonso da Silva partiu da classificação de Vezio Crisafulli. Este classificou as normas constitucionais em apenas dois tipos: as de eficácia plena e as de eficácia limitada. Ficou a cargo do eminente autor brasileiro a inserção de um terceiro grupo a essa classificação.

<sup>232</sup> SILVA, 2008, p. 101.

to, eis que possui normatividade o suficiente para atuar. Em virtude disso, pode-se dizer que essas normas são *auto-aplicáveis*.

A fim de sistematizar o pensamento de José Afonso da Silva, Manoel Jorge da Silva e Neto<sup>233</sup> elenca os seguintes traços distintivos da norma de eficácia plena:

- a) contêm vedações ou proibições (art. 5º, III);
- b) conferem isenções, imunidades e prerrogativas (o art. 95, I, II, III);
- c) não designam órgãos ou autoridades especiais, a que incumbe, de modo específico, a execução do comando constitucional;
- d) não indicam processos especiais ou solenes para a sua execução; [...]
- e) não demandam a intermediação do legislador ordinário para que se complete o alcance ou sentido da norma porque, desde a sua elaboração, já possuem normatividade suficiente e apta ao desencadeamento dos efeitos perseguidos pelo órgão constituinte.

#### 5.4.2 Normas de eficácia contida

As normas de eficácia contida são normas que também possuem a característica de ser aplicável de forma direta e imediata na realidade social, contudo essas normas *podem* sofrer restrição posterior através de lei infraconstitucional.

José Afonso da Silva define essas normas como sendo aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.<sup>234</sup>

Percebe-se, contudo, que houve uma atecnia por parte do citado doutrinador. Em verdade, o nome “contida” não é o mais adequado para o caso em tela. Como a restrição ao direito *ocorrerá*, melhor seria chamar esse tipo de norma de *contível* ou *restringível*<sup>235</sup>. “Nesse sentido, se um dispositivo constitucional que veicule uma norma de eficácia contida faz menção a uma legislação posterior, enquanto essa legislação não existe, a eficácia da norma é plena”<sup>236</sup>. Em outras palavras, a norma posterior tem o poder de restringir o campo de abrangência da norma contida.

Com o escopo de evitar discussões infrutíferas, o ilustre doutrinador pontuou as características deste tipo de norma:

<sup>233</sup> SILVA NETO, 2008, p. 149.

<sup>234</sup> Ibid., p. 116.

<sup>235</sup> No mesmo entendimento, Michel Temer e Manoel Jorge da Silva e Neto.

<sup>236</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 282.

- I – são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos;
- II – enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva;
- III – são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;
- IV – algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia;
- V – sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo)<sup>237</sup>.

A norma clássica referente a esse tipo de classificação é o inc. XIII do art. 5º da CF/88: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, a liberdade conferida por tal dispositivo se opera *in continenti*, tornando viável o exercício deste direito de forma plena até que venha norma posterior a restringi-la.

#### 5.4.3 Normas de eficácia limitada

Por seu turno, as normas de eficácia limitada são aquelas que têm aplicabilidade indireta e mediata, pois precisam de normatização posterior para que seus efeitos tenham um alcance maior. Nesta hipótese, o constituinte não pretendeu ser exaustivo, nem avocar a última palavra sobre determinados assuntos, deles cuidou apenas superficialmente, pois não ousou estabelecer uma normatividade suficiente, relegando ao legislador ordinário e a outros órgãos estatais a incumbência de desenvolver o dispositivo constitucional carecedor de eficácia, a fim de que lhe confirmem plena exequibilidade<sup>238</sup>.

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: *a*) normas constitucionais de princípio institutivo (ou organizativo); e *b*) normas constitucionais de princípio programático.

As primeiras, normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo, como o próprio nome já diz, se destinam a criar organismos ou entidades. “São de eficácia limitada

<sup>237</sup> SILVA, 2008, p. 104-105.

<sup>238</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 61.

porque dependem de lei para alcançarem a plenitude. Quer dizer, elas instituem órgãos ou entidades, que necessitam do legislador para lograrem funcionamento. São exemplos dessas normas: o art. 18, § 2º; [...] entre outros”<sup>239</sup>.

A fim de evitar dilações doutrinárias, José Afonso da Silva explica que o sentido do termo *princípio* da norma constitucional em destaque tem acepção própria de “começo”, “início”, dando apenas as coordenadas primárias para o começo do órgão ou entidade, mas “deixando a efetiva criação, estruturação ou formação para a lei complementar ou ordinária, como dá exemplo o art. 33 da Constituição: “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios”<sup>240</sup>.

O festejado autor ainda subclassifica as normas constitucionais de princípio institutivo em duas espécies: impositivas ou facultativas. Importante para o nosso estudo entender a dimensão desses institutos.

As normas impositivas são aquelas que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa. Ilustrativo o exemplo referente ao art. 88 da Constituição, o qual verbera que “A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios”. Já as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas limitam-se a dar ao legislador ordinário a *possibilidade* de instituir ou regular a situação nelas delineadas. Exemplo claro é o art. 125, § 3º: “A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual [...]”<sup>241</sup>.

Conclui-se, portanto, que nas normas impositivas há a obrigatoriedade do legislador de emitir o comando normativo. Nas normas facultativas, diversamente, há a faculdade do legislador, se considerar conveniente, de regular determinada matéria constitucional.

Por seu turno, as normas constitucionais programáticas fazem parte das constituições contemporâneas, haja vista serem elas os componentes sócio-ideológicos das constituições atuais. Sobre o seu surgimento e importância, elucidada o professor Luís Roberto Barroso<sup>242</sup>:

Na esteira do Estado intervencionista, surtido 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

<sup>239</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 162.

<sup>240</sup> SILVA, 2008, p. 119.

<sup>241</sup> Sobre o tema, v. Silva, (2008, p. 126-128). Importante, também, sua consideração acerca da obrigatoriedade da regulamentação: “Algumas normas obrigatórias chegam, mesmo, a marcar data até a qual a lei reguladora deverá estar votada, como foi exemplo o art. 4º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de São Paulo, de 13 de maio de 1967, e é também o caso de várias disposições transitórias e finais da Constituição italiana”.

<sup>242</sup> BARROSO, 2001, p. 118.

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 comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

Modernamente, é de grande relevância jurídica, mas já sofreu muitas críticas por diversos autores, haja vista tais normas terem servido, anteriormente, apenas como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas, assim, de eficácia jurídica.

Procura-se através delas o fim social do direito, é uma busca incessante por uma democracia substancial, de justiça social e de bem comum. As normas programáticas tem o escopo de definir o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, tendo sempre em mente os valores sociais e da justiça social<sup>243</sup>.

Nesse mesmo sentido, Crisafulli explica que as normas programáticas são aquelas normas constitucionais com “as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades”<sup>244</sup>.

Nessa perspectiva, percebe-se que as normas programáticas<sup>245</sup> não regulam a matéria em si a que se referem, mas sim a atividade estatal para que se alcance a devida matéria. A norma programática fixa um programa para que a atividade estatal o realize.

José Afonso da Silva subclassifica as normas programáticas em três categorias: *normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, normas programáticas referidas aos Poderes Públicos e normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral*<sup>246</sup>.

<sup>243</sup> PIOVESAN, 2003, p. 69.

<sup>244</sup> SILVA, 2008, p. 137-138.

<sup>245</sup> Salutar o entendimento de Jorge Miranda. Para ele, as normas programáticas “[...] são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem *já* (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, *máxime* os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados” (MORAES, 2005, p. 9).

<sup>246</sup> Vale frisar, novamente, que a teoria de José Afonso da Silva é a majoritária na doutrina atual, mas há entendimentos diversos. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, por exemplo, não coaduna com a classificação das normas programáticas adotada por José Afonso. Para ele, essa classificação “incorre no erro de ser efetuada com certo grau de generalidade, não abarcando, pois, todas as espécies. Em primeiro lugar, é forçoso reconhecer que todas as normas programáticas vinculam os órgãos públicos, como reconhece a moderna doutrina. Entretanto, alguns mencionam expressamente a atuação do legislador, enquanto outras traçam os fins do Estado, dirigem-se à Constituição Econômica, ou enunciam direitos. Em suma, as normas programáticas apresentam aspectos relatos dis-

Contudo, não se deve perder de alcance que, mesmo não havendo a normatização posterior, as normas programáticas possuem alguns efeitos diretos, imediatos e vinculantes. A fim de revelar tais efeitos, esclarece-nos Dirley da Cunha Júnior:

- a) estabelecem um *dever* para o legislador infraconstitucional;
- b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam;
- c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais;
- d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e do judiciário, e
- f) criam situações subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.<sup>247</sup>

Percebe-se, assim, que as normas programáticas não regulam uma conduta exigível, mas, indiretamente, invalidam determinados efeitos que lhes sejam antagônicos.

No mesmo sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet<sup>248</sup> que é característica das normas de eficácia limitada, além de obrigar o legislador a atuar no sentido de concretização do direito fundamental, impedi-lo de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade do direito fundamental.

#### 5.4.3.1 Normas programáticas definidoras de direitos

Não obstante a subclassificação tradicional das normas de eficácia limitada seja baseada na teoria de José Afonso da Silva (e a adotada para fins deste trabalho), para quem as normas de eficácia limitada podem ser ou de princípio institutivo ou de princípio programático, merece destaque a possibilidade de uma terceira espécie desse tipo de norma vislumbrado por Luís Roberto Barroso: normas constitucionais *definidoras de direito*.

---

tintos, embora o cometimento seja o mesmo. Atentando-se para tais singularidades, parece-nos que as normas programáticas, na Constituição jurídica pátria, comportam a seguinte tipologia: I – *Normas programáticas em sentido estrito* – são aquelas que correspondem à primeira espécie aludida por José Afonso, nas quais o Estado, ao fixar o programa, exige que o legislador o implemente através de lei [...]; II – *Normas programáticas meramente definidoras de programas* – este tipo de normas programáticas estabelece os programas, sem mencionar, contudo, a atuação do legislador através de lei [...]; III – *Normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos* – são as normas programáticas que enunciam direitos, sem estabelecer a forma de implementação destes, vinculando, entretanto, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulamentação infraconstitucional [...]; IV – *Normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado* – trata-se das normas que fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive mencionando os de natureza econômica e social, inseridos na Constituição econômica” (PIMENTA, 1999, p. 143-144).

<sup>247</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 163.

<sup>248</sup> SARLET, 2009, p. 366.

Para o citado autor, tais normas, definidoras de direitos, são aquelas que estabelecem direitos fundamentais no aspecto civil, político e sócio-econômico que a Constituição defere à população.

Vale a pena retornarmos à discussão sobre o ponto da evolução dos direitos fundamentais e sua relação aqui com as normas programáticas de Barroso.

Como visto, pode-se estudar os direitos fundamentais, didaticamente, em Dimensões. Em relação aos direitos de Primeira Geração, os direitos civis e políticos, como o direito à liberdade e à igualdade, por exemplo, são efetivados com um não-fazer do Estado, ou seja, para a realização do direito mister que o Estado permaneça inerte. Percebe-se que a não regulamentação desse tipo de direito em nada influenciaria no exercício do direito do cidadão, haja vista o seu direito já integrar o seu patrimônio com a leniência do Estado.

O mesmo não ocorre com as normas definidoras de direitos provenientes de Segunda e Terceira Dimensões. Para a efetivação dos direitos sociais e transindividuais necessita-se da atuação estatal, o Estado precisa regulamentar esses direitos para que eles possam ser exercidos no mundo não-jurídico. Ocorre que, a sua não regulamentação implica em impossibilidade do seu exercício, o que provoca grandes transtornos para a sociedade em geral.

A fim de ilustrar a diferença das normas definidoras de direito das demais *supra* analisadas, Barroso utiliza como exemplo o art. 7º, inc. XI da Constituição Federal<sup>249</sup>. Analisando tal dispositivo, afirma o autor não se tratar de norma de eficácia plena ou contida, uma vez que não tem aplicabilidade direta e imediata, haja vista precisar de regulamentação posterior. Também não pode ser caracterizado como norma de eficácia limitada institutiva, uma vez que não impõe a criação de nenhum órgão ou entidade pública; e não pode ser entendida como norma de eficácia limitada programática, pois não impõe a criação de políticas assistenciais ou de políticas públicas.

Luís Roberto Barroso, portanto, vislumbra um novo tipo de eficácia limitada, na qual a sua não-regulamentação enseja uma inconstitucionalidade por omissão. Sintetiza o eminente autor<sup>250</sup> que a Constituição:

[...] não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes.

<sup>249</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

<sup>250</sup> BARROSO, 2001, p. 112.



## 5.5 A TEORIA DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: OBJETO DE ESTUDO

Visto as principais características das normas constitucionais e suas tipologias, faltamos relacionar a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais com o objeto deste ensaio, qual seja, o combate às omissões inconstitucionais.

O primeiro passo é saber quais tipos de normas constitucionais poderão dar ensejo às omissões inconstitucionais. Primeiramente, deve-se ter em mente que, se todas as normas na Constituição fossem de eficácia plena, não haveria nenhum tipo de omissão, muito menos de omissão inconstitucional. “Melhor dizendo, se todas as normas da Constituição tivessem aplicabilidade imediata e integral, não haveria espaço para a omissão legislativa inconstitucional”<sup>251</sup>. O que seria maravilhoso!

Portanto, no estudo das omissões inconstitucionais fica de fora a análise das normas de eficácia plena e contida, sendo alvo principal desse estudo as chamadas normas de eficácia limitada.

Foi visto também que as normas constitucionais de eficácia limitada, de acordo com José Afonso da Silva, se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

Dentre as normas de princípio institutivo, foi dito que podem ser divididos nas categorias impositivas, nas quais o legislador é obrigado a regulamentar a ordem constitucional; e facultativas, as quais conferem ao legislador certo grau de discricionariedade quanto a regulamentação das normas em apreço.

Fica claro que, como as normas facultativas conferem apenas uma *faculdade* ao legislador de regular a normas, não configura omissão a sua não-normatização. Por outro lado, no momento em que o parlamentar não legisla sobre um comando que a Constituição o obrigou, surge a necessidade de um controle para que ele exerça a sua devida função.

Em relação às normas programáticas (vinculada ao princípio da legalidade, referente aos poderes públicos ou dirigidas à ordem econômico-social em geral), deve-se procurar o mesmo questionamento: em quais dessas espécies a omissão do legislador em disciplinar o comando proveniente da Constituição configura uma omissão inconstitucional.

De acordo com a professora Flávia Piovesan, “só há uma que se relaciona ao objeto do estudo proposto: as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Nesta

---

<sup>251</sup> PIOVESAN, Flávia, 2003, p. 78.

hipótese, as normas programáticas dependem, necessariamente, de providências normativas ulteriores que venham a desenvolver a sua aplicabilidade”<sup>252</sup>.

Conclui-se, assim, que o objeto do estudo ora pleiteado centra-se nas normas constitucionais limitadas de princípio institutivo de caráter impositivo e nas normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade<sup>253</sup>.

Destarte, afirmamos *supra* que, por ocasião da imperatividade das normas jurídicas, toda conduta que não esteja de acordo com a sua devida regulamentação deve ser eivada de sanção. Ocorre que, no caso do legislador não proceder a normatização da matéria que a Constituição o obrigou, não há a devida previsão de sanção. Isso não significa que a norma constitucional não seja imperativa; entendemos, em verdade, que deve-se “criar” uma sanção com base em uma interpretação criativa e sistemática. Como possibilidade de sanção, aderimos à doutrina do professor Walter Claudius Rothenburg, o qual prevê como sanção o que ele chama de *Troca de Sujeito*<sup>254</sup>.

Procura-se através da regulamentação das normas de eficácia limitada que a justiça seja realizada na esfera social, uma vez que até hoje o legislador brasileiro possui o vício de se distanciar da realidade social ao elaborar os projetos de lei. Em virtude disso, ansiosos pela realização dos direitos que tanto almejam, a sociedade procura cada vez mais o judiciário com o escopo de concretizá-los e superar a leniência legislativa.

A fim de que as normas de eficácia limitada sejam efetivamente realizadas, mister o auxílio do judiciário para suprir esse tipo de omissão. Deve o juiz procurar, através dos princípios constitucionais citados – e através dos novos métodos hermenêuticos vistos acima<sup>255</sup> – efetivar as normas constitucionais carentes de aplicabilidade real.

Sendo assim, cada vez mais se procura o judiciário através dos seus diversos instrumentos para suprir a mora legislativa: o mando de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação de descumprimento de preceito fundamental, além das diversas formas possíveis pelo controle difuso.

---

<sup>252</sup> PIOVESAN, 2003, p. 79.

<sup>253</sup> Seguiu a mesma linha de raciocínio o professor Alexandre de Moraes ao explicar o tema referente à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão: “As hipóteses de ajuizamento da presente ação não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (MORAES, 2005, p. 686).

<sup>254</sup> ROTHENBURG, 2005.

<sup>255</sup> Nesse sentido, Habermas, Häberle e Müller.

Dirley da Cunha Júnior<sup>256</sup> assenta que a Constituição Cidadã não figura mais como um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, pelo contrário, ela é um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade. Ela não é apenas uma “Constituição Social”, vai além, sendo “Dirigente”, “promissora” e “aberta para o futuro”.

Desta forma, é incoerente a existência de um Estado Democrático de Direito em que ainda existam normas que não são efetivamente realizadas em virtude da leniência de um dos seus órgãos. Para que ela seja realmente “aberta para o futuro”, mister que ela seja eficaz.

---

<sup>256</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 132.

## 6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS: DA VISÃO TRADICIONAL À VISÃO DA NOVA HERMENÊUTICA

Procurou-se demonstrar até o presente momento a importância da adequada implementação das normas constitucionais nas sociedades hodiernas, ressaltando-se que elas devem ser sempre interpretadas visando uma maior efetividade de seus preceitos e que devem corresponder às vontades reais dos seus intérpretes não-habituais. Nunca é demais dizer que, no moderno arranjo da sociedade hodierna, busca-se cada vez mais implementar a eficácia das normas constitucionais.

Apesar de se ter visto *supra* uma classificação referente aos tipos de eficácia das normas constitucionais, e que tal enquadramento revelou que as omissões inconstitucionais estão sempre atreladas a uma norma de eficácia limitada, isso não significa que toda norma de eficácia limitada não normatizada configura uma omissão inconstitucional.

Tema dos mais relevantes na atualidade, procurar-se-á delimitar ainda mais o objeto deste trabalho, detalhando-se como surge a omissão inconstitucional e de que forma ela repercute no controle de constitucionalidade.

### 6.1 NOTAS GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina compartilha a idéia de que para a existência de um controle de constitucionalidade mister ser preenchido dois requisitos: o da supremacia e da rigidez constitucional.

Vimos anteriormente que a idéia de supremacia da constituição está atrelada à idéia de destaque da Constituição no ordenamento jurídico, na hierarquia das normas jurídicas. É justamente a Constituição e suas normas que servirão como fator de validade para todo o sistema jurídico, pois, como normas supremas, nenhuma norma que estiver abaixo dela na escala hierárquica, ou que venha a surgir depois dela<sup>257</sup>, poderá ser incompatível com os seus ditames.

A rigidez constitucional também desponta como um dos pré-requisitos para a existência de um controle de constitucionalidade. Enquanto a supremacia constitucional se impor-

---

<sup>257</sup> Aqui leva-se em conta a diferenciação entre Poder Constituinte e Poder Constituído.

ta com a questão de validade das demais normas jurídicas inferiores a constituição, a rigidez constitucional tem a preocupação com a superveniência de novas normas jurídicas válidas.

Por ser um objeto cultural e intimamente ligado à dinâmica da sociedade, o Direito deve sempre evoluir junto com a sociedade, o que torna necessário, por vezes, o surgimento de novas normas constitucionais, as quais surgem com o mesmo valor de normas supremas das normas constitucionais elaboradas pelo poder constituinte originário. Contudo, para que surjam novas normas constitucionais, deve-se passar por um processo de elaboração muito mais dificultoso do que o processo legislativo dos atos normativos infraconstitucionais. Afinal, se assim não o fosse, “Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade”<sup>258</sup>.

Embora existam indícios de que um prelúdio do “controle de constitucionalidade” remonta aos tempos antigos, a doutrina aponta o precedente *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte Estadunidense de 1803, como o primeiro caso em que se teve que enfrentar um controle de constitucionalidade por parte do poder judiciário.

A história conta que essa situação foi o resultado da disputa presidencial nos Estados Unidos na virada do século XVIII para o século XIX. De um lado estava Thomas Jefferson, republicano, e do outro o até então presidente, John Adams, federalista. Sobre o caso, elucida Frederico Barbosa Gomes:

Thomas Jefferson, do partido republicano e antifederalista, derrotara John Adams, federalista, nas eleições presidenciais de 1800. Antes, contudo, que ele viesse a tomar a posse, Adams conseguiu que o Congresso, de maioria federalista, aprovasse o *Judiciary Act* de 1801, que, dentre outras coisas, dobrou o número de juízes federais e permitiu a nomeação de 42 juízes de paz para o distrito de Columbia.

Adams, então, valeu-se dessa medida para manter o controle no Poder Judiciário, porquanto antes de deixar o cargo de Presidente da República nomeou federalistas para ocuparem os cargos de juízes, indicações essas que foram aprovadas pelo Senado Federal antes da Transição.

Acontece que nem todos os indicados conseguiram tomar posse antes que Jefferson assumisse o cargo de Presidente dos Estados Unidos. Em função disso, Jefferson ordenou ao seu Secretário de Estado, James Madison, que deixasse de entregar os documentos que fossem necessários para a posse, no intuito de inviabilizá-las.

Indignado com essa situação, William Marbury impetrou um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte norte-americana para que esta ordenasse James Madison a lhe empossar no cargo para o qual tivera sido indicado.

[...]

Adotando solução inteligente, o *Chief Justice* inverteu a sua decisão, julgando o mérito antes das questões preliminares, em contraposição à técnica processual. Com isso, no mérito ele reconheceu o direito de Marbury à nomeação e posse, afirmando a sua independência diante do Poder Executivo, mas extinguiu o processo por uma questão preliminar, por considerar que a Suprema Corte não teria competência para analisar essa demanda, pois considerou inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act*

<sup>258</sup> BARROSO, 2009, p. 2.

de 1789, por ela ter ampliado indevidamente as competências daquela Corte.

[...]

Com isso, em uma só tacada, Marshall afirmava a independência da Suprema Corte em reconhecer o direito de Marbury à nomeação, como lançava as bases de uma das mais importantes e notáveis criações norte-americanas: o *judicial review*. Assim, a partir dessa célebre decisão, reconheceu-se aos membros do Poder Judiciário a competência para poderem deixar de aplicar normas aos casos concretos por considerarem-nas inconstitucionais <sup>259</sup>.

Com a decisão de Marshall, assentou-se a idéia de que a constituição é a norma suprema de um sistema jurídico, devendo todas as outras estar sempre compatíveis com ela. E, havendo incompatibilidade, prima-se pela constituição, qualificando-se a outra como “inconstitucional”.

Todavia, não é esse o único sistema adotado pela constituição brasileira de 1988. Como pode se inferir do exposto acima, qualquer juiz pode, no caso concreto, rotular uma lei de inconstitucional e fazer com que as normas constitucionais prevaleçam sobre ela. Ocorre que, nesse caso, o que se almeja na ação não é a inconstitucionalidade de uma norma, mas tão somente que ela seja declarada inconstitucional para que sua pretensão principal seja alcançada. Ou seja, a via de inconstitucionalidade aqui figura apenas como um fator incidental para que o objeto da ação principal seja analisado. Da exposição, chega-se à seguinte conclusão:

[...] se por um lado a *judicial review* do sistema norte-americano consolidou-se como a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do poder público contrastantes com a Constituição (diz-se, por isso, que o controle é difuso), por outro lado ela restou circunscrita aos casos concretos submetidos a julgamento e, mesmo assim, desde que absolutamente necessária para a resolução da querela, ostentando, nesse particular, caráter prejudicial (diz-se, por isso, que o controle é também incidental).<sup>260</sup>

Sendo assim, apresentado um caso concreto a um juiz ou tribunal, no qual a alegação de inconstitucionalidade de uma norma seja uma questão prejudicial ao mérito, o poder judiciário tem competência para tal ato. Mas, nesse sistema norte-americano, não há a possibilidade do Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade em tese (ou seja, via ação principal) de uma norma jurídica.

A possibilidade do Poder Judiciário analisar a constitucionalidade de uma lei em tese só veio surgir no século XX. Até essa data, a Europa não reconhecia a possibilidade de controle de constitucionalidade, mas isso mudou com a influência de Hans Kelsen. Diferen-

<sup>259</sup> GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: uma visão crítica. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 262-264.

<sup>260</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 424-425.

temente do sistema estadunidense, Kelsen<sup>261</sup> defendeu a idéia de um controle de constitucionalidade centrado, “concentrado”, em apenas um órgão do Poder Judiciário, o qual ele nomeou de “Tribunal Constitucional”. A partir desse sistema austríaco, também conhecido como europeu, passou a ser possível o enfrentamento de uma lei em tese por via de uma ação principal.

Podemos definir, então, que o controle de constitucionalidade é o mecanismo utilizado por quem de direito para analisar se uma determinada norma ou ato do poder público está, ou não, de acordo com os preceitos constitucionais.

Esse controle pode ser exercido nas três esferas de poder, cada um com as suas características específicas. Na esfera de atuação do executivo, o controle é exercido pelo Chefe do Poder Executivo, através do veto. Como todo projeto de lei passa, em regra, no fim do processo legislativo, pela sanção ou veto do chefe do poder executivo, se este achar que a lei, no todo ou em parte, contém dispositivos inconstitucionais, deve vetá-lo, no todo ou em parte.

O controle feito na esfera do legislativo é realizado ainda quando o projeto de lei está em trâmite. O órgão político detém sete maneiras de atuar no controle de constitucionalidade: a) através das Comissões de Constituição e Justiça, órgão existente no poder legislativo que tem o dever de avaliar se os projetos de lei, ou propostas de emenda constitucional, estão de acordo com a Carta Constitucional; se não estiver, o projeto retorna para a sua respectiva casa legislativa; b) caso o chefe do poder executivo realize o seu poder de veto sobre uma proposta de lei, pode o Congresso Nacional apreciar o veto do presidente e rejeitar o seu veto (art. 66, 4º), o que faz com que o projeto anteriormente vetado vire lei em definitivo; c) o art. 49, V da CF/88 permite que o Congresso Nacional suste os atos do poder executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, o que faz com que seja assegurado a observância do princípio da legalidade, em virtude do abuso do chefe do poder executivo; d) através de um juízo prévio acerca das medidas provisórias; e) aprovando uma

---

<sup>261</sup> “É preciso, no entanto, ressaltar que o sistema proposto por Kelsen configura-se como uma função constitucional que não seria propriamente judicial, senão, como explicita o próprio jurista de Viena, de “legislação negativa”. Com efeito, na visão kelseniana o Tribunal Constitucional não julga nenhuma pretensão concreta, mas examina tão-só o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica entre uma lei e a Constituição. Daí haver Kelsen assegurado que não há nesse juízo puramente lógico uma aplicação ou não aplicação da lei a um caso concreto, de modo que não se estaria, em consequência, diante de uma verdadeira atividade judicial, que supõe sempre uma decisão singular a respeito de um caso controvertido. Se assim o é, diz Kelsen, o Tribunal Constitucional é um legislador, só que um legislador negativo. Ambos os órgãos – o fiscalizado e o fiscalizador – são legislativos, só que o Tribunal Constitucional tem organização jurisdicional. Em decorrência disso, Kelsen sustenta que, enquanto uma lei não for declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ela presume-se válida, circunstância que veda aos juízes e tribunais ordinários deixar de aplicá-las. Desse modo, não haverá, no sistema proposto por Kelsen, um vício de nulidade como ocorre no sistema difuso, mas, sim, de mera anulabilidade, o que implica em emprestar às decisões da Corte Constitucional uma natureza meramente constitutiva, com eficácia *ex nunc*, isto é, somente para o futuro. Com isso, pretendeu Kelsen evitar a consagração de um “governo dos juízes”, cujos riscos são de proporções imprevisíveis [...]

emenda constitucional que supere a interpretação fixada pelo Supremo – isso ocorre quando o legislativo pretende alterar a interpretação adotada pelo Supremo acerca de determinados dispositivos; f) através da propositura de uma ação direta pelos órgãos do poder legislativo, como permitido pelo art. 103 da constituição; g) ou, ainda, revogar uma lei que o legislativo passe a entender como inconstitucional – observe que cabe ao judiciário julgar pelo sua inconstitucionalidade, invalidando a norma por vício de constitucionalidade, cabe ao legislativo apenas revogá-la, conferindo-lhe efeitos *ex nunc*<sup>262</sup>.

Por fim, cabe também ao judiciário atuar nessa via de controle. O controle pelo judiciário, em regra, é feito quando a lei já foi aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo. Apenas a partir da sanção do presidente pode o judiciário analisar se há ou não qualquer tipo de vício de constitucionalidade na norma – é o que a doutrina costuma chamar de *controle repressivo*. Contudo, vem se permitindo, através de mandados de segurança propostos por parlamentares, uma espécie de controle preventivo por parte do judiciário. Essa possibilidade ocorre quando existe alguma proposta de emenda à Constituição e o parlamentar alegue que a proposta esteja confrontando as cláusulas pétreas<sup>263</sup>. Pode, então, o parlamentar mover um Mandado de Segurança para que o judiciário aprecie a proposta – portanto, aqui a norma ainda não entrou na esfera jurídica, o que nos permite dizer que é uma possibilidade de um controle preventivo realizado pelo judiciário.

Como o objeto deste trabalho refere-se ao controle jurisdicional, passaremos a analisar mais detalhadamente o controle de constitucionalidade tendo como foco a esfera judiciária.

---

<sup>262</sup> BARROSO, 2009, p. 72-75.

<sup>263</sup> Veja-se o MS 24642/DF. “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I – O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar apenas”. (MS 24642, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2004, DJ 18-06-2004). Também no mesmo sentido, a ementa da decisão do Min. Celso de Mello no MS 23565/DF: “EMENTA: PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 6º, §4º). MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. WRIT MANDAMENTAL UTILIZADO POR SERVIDOR PÚBLICO. FALTA DE QUALIDADE DE AGIR. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO – O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar – que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo – assiste legitimidade ativa *ad causam* para provocar a fiscalização jurisdicional. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de recusar, a terceiros que não ostentem a condição de parlamentar, qualquer legitimidade que lhes atribua a prerrogativa de questionar, incidenter tantum, em sede mandamental, a validade jurídico-constitucional de proposta de emenda à Constituição [...]”. (MS 23565/DF, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 10/11/1999, DJ 17-11-1999, p. 33).



## 6.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

### 6.2.1 Breve esboço sobre o Controle de Constitucionalidade nas Constituições Pretéritas

Para que se possa entender a inovação trazida pela Constituição de 1988 no que se refere ao controle de constitucionalidade através do combate às omissões inconstitucionais, deve-se, anteriormente, analisar de que forma o controle de constitucionalidade era realizado nas constituições anteriores.

Primeiramente, na Constituição Imperial<sup>264</sup>, não havia nenhum dispositivo que regulasse a possibilidade de um controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. Ao contrário, influenciada pela doutrina francesa, a Constituição de 1824 permitia apenas ao próprio Poder Legislativo fazer, interpretar, suspender e revogar as leis<sup>265</sup>.

Já a primeira Constituição Republicana muda a história. Com a influência estadunidense, a Constituição brasileira passou a adotar o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade. A partir desta, todas as demais constituições passaram a prever em seus textos dispositivos que evidenciassem a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade<sup>266</sup>.

A primeira Constituição a prever uma hipótese de controle de constitucionalidade pela via principal foi a Constituição de 1934. O controle difuso continuou existindo, contudo,

---

<sup>264</sup> Este trabalho procurou desenvolver a linha de raciocínio com as Constituições brasileiras, não levando em consideração a legislação portuguesa utilizada no Brasil antes da independência.

<sup>265</sup> Nesse sentido, a lição de Pimenta Bueno é resgatada por Ives Martins e Gilmar Mendes: “Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. [...] Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o juriconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório. [...] Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutilizaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só falar a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela” (MARTINS; MENDES, 2009, p. 43).

<sup>266</sup> Nesse sentido, o Art. 59, §1º da Constituição Federal de 1891: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

prevendo no seu art. 179 que “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”. Por outro lado, a possibilidade de um controle pela via principal, ou seja, por um controle abstrato, passou a existir, estando ligado a uma “representação interventiva”. Explica Ives Martins e Gilmar Mendes:

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à ‘declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção federal’, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º). Assinala-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, §2º, a expressão tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade por tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade<sup>267</sup>.

Por sua vez, a Constituição de 1937 trouxe uma situação peculiar: previu a possibilidade da decisão do judiciário que incline pela inconstitucionalidade de uma lei poder ser revista, a critério de Presidente da República, pelo legislativo. Se este confirmasse a validade da lei, por quorum de dois terços de votos em cada uma das Casas, a inconstitucionalidade tornava-se sem efeito, voltando a lei a fazer parte do sistema jurídico. Há aqui uma nítida tentativa em tentar diminuir o alcance e a efetividade das decisões do judiciário no que tange a constitucionalidade das leis, o que remonta até o presente dia, como se verá mais à frente, no que toca às omissões inconstitucionais.

A Carta Constitucional de 1946 suprimiu o discutido dispositivo, voltando à prática do controle de constitucionalidade ao que já era do seu costume. Contudo, a EC n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais<sup>268</sup>. Dessa forma, foi introduzido no Brasil um sistema semelhante ao europeu, no qual passou a existir um controle através de uma ação principal, por via da ação direta, tendo por objeto uma norma abstrata cujo controle seria exercido por um único órgão, o Supremo Tribunal Federal. O controle difuso e incidental não sofreu alterações com a EC nº. 16, convivendo ao lado e em harmonia com o controle abstrato e concentrado<sup>269</sup>.

<sup>267</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>269</sup> BARROSO, 2009, p. 64.

As Constituições de 1967 e a de 1969 (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) não trouxeram grandes novidades<sup>270</sup>, tendo, todavia, a Constituição de 1988 alterado completamente o quadro acerca do controle de constitucionalidade.

Antes de adentrar a análise do controle de constitucionalidade na Constituição atual, deve-se pontuar dois fatos: a) até a presente Constituição ainda não se havia falado em controle das omissões inconstitucionais; b) ademais, a possibilidade de suscitar a inconstitucionalidade de uma norma estava adstrita ao Procurador-Geral da República. Feito esse pequeno parêntese, voltar-se-á novamente à Constituição de 1988.

A Constituição cidadã adotou em seu texto as duas formas de controle de constitucionalidade: o modelo estadunidense (controle pela via incidental e difusa) e o modelo europeu (controle pela via principal e concentrada).

Em relação ao controle difuso, não houve grandes novidades. Continua a existir a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal enfrentar uma matéria constitucional que lhe seja apresentada pela via incidental referente a um caso concreto<sup>271</sup>.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade pela via concentrada trouxe grandes inovações. A primeira delas refere-se justamente a legitimidade para a propositura da ação de inconstitucionalidade. Antes restrita ao Procurador-Geral da República, hoje há um enorme leque de legitimados, previstos no art. 103 da Carta Magna. Ocorre que, mesmo com a ampliação desses legitimados, o cidadão continuou de fora, não podendo ser possível a alegação de inconstitucionalidade de normas pelo cidadão através do que a doutrina costuma chamar de “Ação Popular de Inconstitucionalidade”.

Uma segunda inovação, e de grande relevância para este trabalho, foi a introdução de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, seja pela via difusa (Mandado de Injunção) seja pela via concentrada (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão). Havendo a possibilidade, também, da Arguição de Descumprimento de Preceito Funda-

---

<sup>270</sup> Barroso resume os fatos mais importantes sobre aquele período: “A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo deixado de reiterar a previsão da ação genérica estadual, contida na EC n. 16/65. A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n.1, de 17-10-1969), por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município. Por fim, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, pôs termo à controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, *p*). Além disso, por seu intermédio foi instituída a “representação para intervenção de lei ou ato normativo federal ou estadual”, por via da qual o STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e caráter vinculante, o sentido de uma norma. A Constituição de 1988 suprimiu a medida” (BARROSO, 2009, p. 64).

<sup>271</sup> Apesar do controle difuso de constitucionalidade não estar expressamente previsto na CF/88 é o que se infere do art. 102, III, pois, se há a possibilidade de propositura de um recurso extraordinário sobre uma declaração de inconstitucionalidade, significa que tal demanda já foi enfrentada anteriormente por um juízo “a quo”.

mental (ADPF) – mais uma novidade da Carta de 1988 – ser mais um mecanismo de combate a omissão estatal. Tais mecanismos serão analisados em momento oportuno.

Barroso ilustra, ainda, como outras inovações, a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referido como representação de inconstitucionalidade, e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais<sup>272</sup>.

Vale lembrar, ainda, que a Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993, criou a chamada “Ação Declaratória de Constitucionalidade”, ficando a cargo da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, disciplinar o processamento e julgamento tanto da ação declaratória de inconstitucionalidade quanto da declaratória de constitucionalidade.

Visto que a Constituição de 1988 possibilitou o enfrentamento das omissões inconstitucionais, através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (v. *infra*), resta definirmos o que significa a expressão “omissão inconstitucional”.

### 6.3 A BUSCA POR UM CONCEITO PARA A EXPRESSÃO “OMISSÃO INCONSTITUCIONAL”

Quando da análise deste tema, deve-se lembrar que não se está diretamente analisando as normas constitucionais, mas sim os atos praticados de acordo com tais normas. Ou seja, se um ato é praticado de acordo com o reconhecido pela norma pátria, o ato é considerado constitucional, senão, inconstitucional<sup>273</sup>.

Ora, se um ato é praticado, se houve um *facere*, significa que uma ação foi realizada por um agente com base em um dispositivo constitucional. Se o ato, portanto, não estiver compatível com o ordenamento jurídico, configura-se uma *ação* inconstitucional. A inconstitucionalidade por ação “Resume-se na conduta positiva incompatível com os princípios constitucionalmente consagrados”<sup>274</sup>.

Contudo, existem normas na Constituição que impõem um *facere*, normas que exigem um agir do seu respectivo agente, mas que não são realizadas por seu competente direito,

<sup>272</sup> BARROSO, 2009, p. 65.

<sup>273</sup> Não se está aqui querendo afirmar com as normas constitucionais não podem ser alvo do controle de constitucionalidade, o que seria ilógico. As normas constitucionais, quando entram no mundo jurídico, também podem ser eivadas de inconstitucionalidade, basta que estejam em desacordo com o sistema jurídico. Contudo, o que se pretende neste momento é a análise dos *atos* do agente público com base nas normas constitucionais, pois apenas com base em tais *atos*, ou falta do ato, pode-se falar em omissão inconstitucional.

<sup>274</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, p. 87.

ou que não são realizadas adequadamente. A partir deste momento, pode-se falar em *omissão*, mas não necessariamente em “omissão inconstitucional”. Ou seja, nem toda inércia do poder público configura uma omissão inconstitucional. Deve-se, então, indagar qual a diferença entre uma omissão *constitucional* e uma omissão *inconstitucional*.

Apesar da sutil diferença, caracteriza a doutrina constitucional a omissão inconstitucional como sendo a inércia do órgão público quando ele possui uma ordem constitucional para atuar. Em outras palavras, só pode-se falar em omissão inconstitucional quando há um comando constitucional para atuar e esta não é realizada.

Contudo, não é apenas porque existe a inércia proveniente de um comando constitucional para agir que se configura a omissão inconstitucional. Se esta puder ser resolvida através da colmatação, através dos diversos mecanismos de integração e interpretação constitucional existentes, não há que se falar em omissão inconstitucional.

Neste mesmo sentido, elenca Jorge Miranda<sup>275</sup> os pressupostos para a caracterização da omissão inconstitucional: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de “certa e determinada” norma constitucional; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada); c) que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional.

Esclarece o eminente autor de que forma pode a omissão inconstitucional se apresentar, em outras palavras, quais tipos de omissões o poder público integra para que faça surgir a omissão inconstitucional: a) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não exequíveis por si mesma; b) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, que existe quando, por exemplo, não se nomeiam os titulares de cargos constitucionais ou não se promulgam as leis do parlamento; c) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de algum dos seus preceitos ou dos seus institutos; d) inconstitucionalidade por omissão de medidas administrativas; e) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça.

Contudo, como o leque de possibilidades da omissão inconstitucional é explicitamente amplo para os fins deste trabalho, importar-se-á apenas as omissões referentes à mora legislativa, à omissão legislativa inconstitucional, não se deixando de pontuar aspectos relevantes dos demais casos quando for oportuno.

---

<sup>275</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2. p. 518.

#### 6.4 MOMENTO DE CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Talvez o maior problema no que toca ao tema da “omissão inconstitucional” não seja o referente a caracterização da omissão como constitucional ou como inconstitucional, mas sim o *quando* uma omissão possivelmente inconstitucional poderá ser caracterizada como tal.

Jorge Mirando explica que a omissão será tida como inconstitucional no momento em que, mandando a norma regulamentadora de certa relação ou situação jurídica praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que o estabelece, o destinatário não o faça, não os faça nos termos exigidos e não o faça em tempo útil.

Percebe-se, então, que não apenas o silêncio normativo caracteriza a omissão inconstitucional, mas sim a inércia legislativa que não tenha sido realizada em um tempo útil.

Contudo, que “tempo útil” seria esse? Havendo disposição constitucional referente ao prazo para realização normativa, não existe dúvidas que a omissão ocorrerá quando o prazo estipulado chegar ao fim. Explica Flávia Piovesan:

[...] se o próprio texto constitucional delimita um prazo para a prática do ato (exemplos: arts. 12, 20, 48, 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988), só se caracteriza a inconstitucionalidade por omissão quando escoado o prazo, sem a adoção das medidas necessárias. Isto é, no curso do prazo determinado pela Constituição, se inércia houver, não poderá ser caracterizada a omissão inconstitucional, tendo em vista que a própria Constituição demarca um prazo razoável para a adoção das providências exigidas pela norma constitucional. Mas bastou ter ultrapassado o prazo constitucional, sem a adoção das providências exigidas, que a inércia, o silêncio, a omissão do órgão competente passa a configurar inconstitucionalidade.<sup>276</sup>

A grande dúvida paira justamente quando não há estipulação constitucional quanto ao prazo para o saneamento da omissão. Neste tocante, a doutrina afirma que o “tempo útil” deve ser um tempo razoável. Flávia Piovesan, através da teoria da “lógica do razoável” de Recasen Siches, afirma que essa razoabilidade está condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o direito, circunscrita e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular e impregnada por valorações e critérios axiológicos<sup>277</sup>. Desse modo:

[...] sopesadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se desumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a

<sup>276</sup> PIOVESAN, 2003, p. 94.

<sup>277</sup> PIOVESAN, 2003, p. 94.

inconstitucionalidade por omissão. Assim, é necessário verificar-se, em cada caso concreto, a fluência de “tempo razoável” para a edição da norma faltante<sup>278</sup>

Portanto, caracterizada estará a omissão inconstitucional se, decorrido um prazo razoável para o caso concreto, levando-se em consideração todas as circunstâncias históricas, valorativas, sociais e razoáveis, não tiver sido realizado o comando constitucional. Todavia, lembra Flávia Piovesan que, “no tocante aos direitos e garantias fundamentais, a tolerância há de ser consideravelmente reduzida, ante o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais [...]”<sup>279</sup>.

## 6.5 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL TOTAL E A PARCIAL: SOLUÇÕES APRESENTADAS PELAS CORTES ITALIANA E ALEMÃ

Dentro do campo de estudo das omissões inconstitucionais, deve-se atentar para o fato de que a omissão inconstitucional, além de ser aquela caracterizada pelo não-fazer em um tempo razoável a fim de integrar uma norma constitucional certa e determinada, pode se apresentar, didaticamente, de diferentes maneiras.

As distinções doutrinárias clássicas são aquelas que distinguem as omissões em total e parcial, formal e material<sup>280</sup>, absoluta e relativa<sup>281</sup>. Como as duas últimas classificações levam em consideração aspectos da primeira, ater-se-á apenas àquela por ser mais importante para o objeto desta pesquisa.

A classificação que mais interessa a este trabalho é a que classifica as omissões inconstitucionais em total e parcial. Essa diferenciação tem como critério a falta de ação da autoridade competente ou a sua ação insuficiente em relação ao comando constitucional. Em

<sup>278</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 126.

<sup>279</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 96.

<sup>280</sup> [...] a omissão formal e a omissão material nada mais são do que omissão total e parcial, respectivamente. Com efeito, quem faz essa distinção sustenta que a omissão inconstitucional pode derivar das seguintes situações: (a) quando o legislador não emana qualquer preceito a realizar as imposições constitucionais; (b) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros (é o chamado ‘não favorecimento arbitrário’), e (c) quando essas leis de execução excluem arbitrariamente alguns cidadãos, total ou parcialmente, das vantagens concedidas a outros (é a chamada ‘exclusão inconstitucional das vantagens’). Na letra (a), temos a omissão total, aqui denominada de formal. Nas letras (b) e (c), temos a omissão parcial, aqui denominada material (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 239).

<sup>281</sup> “As omissões absolutas decorrem da violação de um dever legislativo autônomo. Já as omissões relativas partem da ofensa ao princípio da igualdade. Enquanto em relação às omissões absolutas o legislador deveria necessariamente atuar, e se abstém por completo, nas omissões relativas ele poderia ficar inerte, mas resolve atuar, porém transgredindo o princípio da isonomia, seja por não contemplar certos segmentos, seja por excluí-los do benefício” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 239).

outras palavras, frente a uma ordem constitucional, a autoridade não age ou age de forma incompleta.

Quando o dispositivo constitucional certo e determinado manda o agente atuar, sempre em um prazo razoável, e este nada faz, caracterizada está a omissão total. Pode-se dizer, então, que o que caracteriza a omissão total é a completa falta de ação, quando ocorre a abstenção integral do agente em relação ao comando constitucional.

Já a caracterização da omissão parcial é um pouco mais complicada, pois nesta o agente chega a realizar o comando determinado pela Constituição, mas sua ação ou é incompleta ou imperfeita; a omissão parcial, então, se caracteriza pela “deficiência ou insuficiência da atividade legislativa”<sup>282</sup> da norma integralizadora. Na omissão parcial há uma conduta positiva por parte do agente integralizador, mas ela não satisfaz ao desejo constitucional.

A integralização de um comando normativo imperfeito se materializa quando o ato de agente público viole, principalmente, o princípio da igualdade. A violação ao princípio da igualdade se verifica quando, acerca de determinado fato semelhante a uma coletividade, a norma integralizadora prefere por certas pessoas ou grupos de pessoas, deixando de garantir o mesmo direito para o resto da coletividade. No mesmo sentido, elucida Flávia Piovesan:

Complexo é o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão parcial que, por vezes, pode implicar em inconstitucionalidade por ação. Tal fenômeno pode ocorrer em virtude de violação ao princípio da igualdade, sempre que acarrete um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei<sup>283</sup>.

Afim de ilustrar a afirmação acima, Dirley da Cunha Júnior<sup>284</sup> traz dois casos paradigmáticos sobre o tema.

O primeiro deles trata-se da ADIn 526 proposta contra a Medida Provisória nº 296/91. Essa medida provisória previa o aumento de remuneração a expressiva categoria de servidores estaduais, o que ofende a literalidade do art. 37, X, da Constituição Federal, uma vez que excluiu do benefício – por seu não contemplamento na medida provisória – outros servidores. Sobre esse tipo de caso, o Relator, Min. Sepúlveda Pertence, afirma que o órgão de controle de constitucionalidade se depara com um grande dilema, pois deve chegar a uma das seguintes conclusões: a declaração de inconstitucionalidade por ação, em virtude de violação ao princípio da isonomia e conseqüente nulidade de vantagem que não traduz privilégio, o

---

<sup>282</sup> PIOVESAN, 2003, p. 96.

<sup>283</sup> Ibid, p. 97.

<sup>284</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 235.



que conduziria a iniquidades; ou a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a simples comunicação da decisão ao órgão legislativo competente, para que supra a omissão.

Outro caso interessante foi o discutido na ADI-MC 1458-DF<sup>285</sup>, não especificamente em virtude da violação ao princípio da isonomia, mas em relação ao insuficiente valor fixado para o salário mínimo. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade

---

<sup>285</sup> Em virtude da relevância deste julgado, veja-se a sua elucidativa ementa: “EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. SALÁRIO MÍNIMO - SATISFAÇÃO DAS NECESSIDADES VITAIS BÁSICAS - GARANTIA DE PRESERVAÇÃO DE SEU PODER AQUISITIVO. - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. - O legislador constituinte brasileiro delineou, no preceito consubstanciado no art. 7º, IV, da Carta Política, um nítido programa social destinado a ser desenvolvido pelo Estado, mediante atividade legislativa vinculada. Ao dever de legislar imposto ao Poder Público - e de legislar com estrita observância dos parâmetros constitucionais de índole jurídico-social e de caráter econômico-financeiro (CF, art. 7º, IV) -, corresponde o direito público subjetivo do trabalhador a uma legislação que lhe assegure, efetivamente, as necessidades vitais básicas individuais e familiares e que lhe garanta a revisão periódica do valor salarial mínimo, em ordem a preservar, em caráter permanente, o poder aquisitivo desse piso remuneratório. SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - DESCABIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” (ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/05/1996, DJ 20-09-1996).

lidade por omissão parcial, contudo, não avançou na questão, restringindo-se, apenas, a dar ciência da decisão ao órgão parcialmente omissor para que a omissão fosse suprida.

Analisando ambos os casos, percebe-se que há uma diversidade de soluções quanto se trata da omissão parcial. E como o próprio Supremo ainda não possui uma posição definitiva quanto à forma de julgar tais casos, a doutrina e o STF entendem pela possibilidade da *fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Na esteira do posicionamento do Min. Gilmar Ferreira Mendes, a doutrina se inclina para o que passou a ser conhecido como “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”. Para o aludido autor, a declaração de inconstitucionalidade por ação, com a conseqüente pronúncia de nulidade do ato incompleto, não seria a técnica mais adequada para resolver os casos de omissão inconstitucional parcial, pois, se a omissão foi parcial, significa que o legislador regulamentou corretamente ao menos uma parcela da realidade. A pronúncia de nulidade de todo o ato apenas traria mais problemas, afinal, continuaria a inexistir a parcela antes não regulamentada, e o que havia sido regulamentado passaria a ser nulo<sup>286</sup>.

Contudo, Dirley a Cunha Júnior<sup>287</sup> ressalva, com espedeque na lição de Canotilho:

O que se deve entender, entretanto, é que, quando essa omissão parcial ou concretização incompleta resultar de uma *deliberada intenção* do legislador em conceder vantagens só a certas pessoas, ou a determinados grupos de pessoas, ou a contemplar certas situações em detrimento de outras, há de ser reconhecida, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Se a omissão, porém, decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certas pessoas, ou grupos, ou situações, teremos, aí sim, uma inconstitucionalidade por omissão.

Aduz o citado autor que cada situação *supra* mencionada trará uma conseqüência jurídica diversa. Na primeira hipótese, em que há intenção de se privilegiar determinadas pessoas ou grupo, a declaração de inconstitucionalidade por ação deve vir sem a pronúncia de nulidade, salvo se for constatada que a concessão da vantagem/privilégio foi concedido sem amparo constitucional – nesta situação o legislador *deliberadamente* não quis contemplar outras pessoas ou grupos, cabendo ao judiciário declarar a inconstitucionalidade por ação, mas sem a pronúncia de nulidade.

<sup>286</sup> “Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem a segmentos discriminados” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/9574983/Controle-de-Constitucionalidade-Gilmar-Mendes-Clique-aqui>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

<sup>287</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 237.

Já no segundo caso, em que o legislador “esquece” de contemplar outras pessoas ou grupos que deveriam fazer parte do mesmo diploma normativo, o posicionamento do professor Dirley da Cunha Júnior diverge do pensamento do Min. Gilmar Ferreira Mendes. Para aquele autor, não haveria aqui a hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, pois, se o legislador não tivesse cometido o equívoco, a norma omissa também acabaria por abarcar o grupo ou pessoas restantes, cabendo ao judiciário, assim, a obrigação de corrigir o erro e estender a vantagem àqueles que foram esquecidos.

Desta forma, traz o ilustre doutrinador uma nova hipótese de combate a omissão inconstitucional ainda não regulamentada pelo direito interno brasileiro: a possibilidade do judiciário estender a amplitude da vantagem às pessoas e grupos “esquecidos” pela regulamentação do legislador ordinário<sup>288</sup>. Tal providência vem sendo adotada pela Corte Constitucional italiana através das chamadas “sentenças aditivas”. Giustino D’Orazio explica que, através das sentenças aditivas, o Tribunal “corrige uma situação normativa que impede a aplicação de um determinado tratamento a uma categoria de situações homogêneas que dela resultam excluídas por efeito do texto legislativo impugnado”<sup>289</sup>.

Acerca das sentenças aditivas, Marina Corrêa Xavier<sup>290</sup>, ao analisar os autores italianos, afirma que a admissibilidade destas sentenças pelo Tribunal Constitucional Italiano tem respaldo em duas correntes distintas. Para a primeira corrente, a declaração de inconstitucionalidade da omissão é composta de dois momentos: primeiro, é reconhecida e retirada do ordenamento a norma proibitiva fruto da omissão; segundo, é adicionado o conteúdo normativo necessário ao exercício do direito constitucionalmente previsto. Sendo assim, para esta corrente, a sentença de inconstitucionalidade da omissão nunca será meramente declaratória, pois o reconhecimento do vício deve estar acompanhado dos critérios informadores da norma destinada a regulamentar a situação anteriormente não considerada – o efeito criativo, portanto, está presente na eliminação do vício fruto da omissão.

Já a segunda corrente justifica a admissibilidade das sentenças aditivas a partir da premissa de que a omissão legislativa nada mais é do que uma lacuna jurídica, e como qual-

---

<sup>288</sup> Vale salientar que Flávia Piovesan traz dois precedentes justamente neste sentido. A ilustre autora alude à decisão prolatada no Ag. 211.422-PI, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa (em decisão publica no DJU de 14.08.1998), em que a Corte, por seu Plenário, reconheceu a omissão parcial onde se feria a igualdade entre os servidores públicos civis, estendendo, assim, o reajuste de 28,86% previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93 àqueles excluídos inicialmente do cumprimento do art. 37, X, da CF. Posteriormente, Piovesan lembra da decisão proferida pelo Tribunal Federal da 4ª Região, aos 30.09.1998, em que, prevendo a Lei 9.536/97 benefício exclusivamente aos servidores federais, houve por bem o Tribunal julgar inconstitucional a cláusula “federal”, estendendo o benefício aos demais servidores (PIOVESAN, 2003, p. 98-99).

<sup>289</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 238.

<sup>290</sup> XAVIER, Marina Corrêa. As sentenças aditivas no Tribunal Constitucional Italiano. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010., p. 307-310.

quer lacuna no direito, ela deve ser colmatada pela interpretação integrativa. Seria dever do juiz ou do Tribunal explicitar o conteúdo que deve integrar a lacuna, estando a solução ou nos princípios constitucionais ou na própria norma violada.

Desta forma, frisa Marina Corrêa Xavier que as sentenças aditivas são amplamente admitidas pelo Tribunal Constitucional Italiano, pois nada mais são do que instrumentos “para fortalecer a operacionalidade dos princípios e dos valores constitucionais, na medida em que acentua sua normatividade e garante uma maior adequação da legislação à Constituição”<sup>291</sup>.

Trazendo outra alternativa à solução da omissão inconstitucional, Dirley da Cunha Júnior traz o ensinamento de Clèmerson Merlin Clève, no qual na Alemanha, entre a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por ação da lei incompleta ou estender diretamente a incidência da norma aos casos não expressamente previstos, adota-se uma terceira opção: declara-se a inconstitucionalidade por omissão da norma, definindo-se prazo para que o legislador a supra, eliminando a disparidade de tratamento ofensiva ao princípio da isonomia, reservando-se, ainda, à própria Corte Constitucional Alemã, a possibilidade de removê-la diretamente caso o legislador persista na omissão.

Na esteira do ideal proposto por este trabalho, concordamos com as posições adotadas pelas cortes italiana e alemã, as quais vêm, de forma tímida, sendo utilizada nos tribunais brasileiros. Em consonância com o comando da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais e de acordo com a interpretação conforme a constituição, deve-se sempre procurar a máxima efetividade constitucional.

## 6.6 INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA O CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

### 6.6.1 O Mandado de Injunção

#### 6.6.1.1 *Considerações iniciais*

Dentre os tradicionais mecanismos utilizados para a solução da omissão inconstitu-

---

<sup>291</sup> XAVIER, 2010, p. 310.

cional encontra-se o mandado de injunção, instrumento inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1988 integrando o título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais da Carta Magna. Ao lado das demais ações constitucionais, cuida o art. 5º, inc. 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”.

Diversos são os posicionamentos quanto a origem do instituto em tela. José Afonso da Silva é adepto da teoria de que a fonte mais próxima do mandado de injunção é proveniente do *writ of injunctio* do direito estadunidense, servindo, inclusive, de inspiração para o nome adotado à garantia pelo legislador brasileiro. Nos Estados Unidos da América (EUA), o *writ of injunctio* apresenta-se de duas formas: “o *prohibitory injunctio*, para vedar a prática de ato contrário ao direito, e a *mandatory injunctio*, para ordenar a prática de ato cuja omissão também viola direito”<sup>292</sup>. Em ambos os casos, o desrespeito à norma constitui desacato à Corte.

Outros acreditam que a origem do mandado de injunção é encontrada no *Verfassungsbeshwerde* do direito alemão. Tal instrumento é encontrado no art. 93, n. 4º- A da Lei Fundamental de Bonn, o qual prevê a possibilidade de qualquer cidadão impetrar o referido mecanismo, perante a Corte Constitucional, sob a alegação de ter sido lesado no exercício dos seus direitos fundamentais em virtude da ação ou omissão do poder público. Ao apreciar o instrumento, “o Tribunal poderá declarar a mora legislativa e preferir uma solução congruente, até que, no futuro, seja editada em definitivo a norma regulamentadora pelo órgão competente”<sup>293</sup>.

Alguns, como José da Silva Pacheco, acreditam que sua origem é proveniente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português, tendo grande influência, também, do mandado de segurança.

Em que pese a divergência na doutrina quanto a sua origem, é notório que o mandado de injunção é um instrumento eminentemente brasileiro, não tendo qualquer outro mecanismo em legislação alienígena que seja verdadeiramente igual a ele. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que: “[...] muito embora autores eminentes tenham vislumbrado a influência de ordenamentos jurídicos diversos – norte-americano, inglês, português e alemão –, trata-se, em verdade, de flor nativa, sem similar preciso no direito comparado”<sup>294</sup>.

Feita esta primeira observação, vale lembrar a dúvida que surgiu na época da pro-

<sup>292</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 170.

<sup>293</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 171.

<sup>294</sup> BARROSO, 2001, p. 253.

mulgação da constituição de 88 sobre a eficácia da norma que prevê o mandado de injunção. A dúvida, na época, era saber se o inc. LXXI do art. 5º era uma norma auto-aplicável ou se necessitaria de uma lei regulamentar para que lhe especificasse o seu processamento. Não restam dúvidas que pensar na necessidade de uma lei para regulamentar o processamento de um instrumento que surge justamente para combater a omissão do poder público seria demasiadamente incongruente. Prevaleceu, assim, o entendimento de que, sendo uma ação constitucional, a previsão do mandado de injunção é uma norma auto-aplicável, uma norma de eficácia plena, não dependendo assim, de normatização posterior para que possa surtir efeitos – como bem prevê o § 1º do art. 5º da Constituição.

Isso não significa que não seja possível a regulamentação do processamento do mandado de injunção – a própria ADIN e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON), apesar de serem normas auto-aplicáveis, também possuem o seu processo e julgamento regulamentado por lei, a Lei nº 9.868/99. O que se deseja frisar é que, mesmo sem a existência desta regulamentação, o mandado de injunção pode, ou melhor, *deve* ser aplicado. E como até o presente momento não existe nenhuma normatização quanto ao tema, é utilizado, subsidiariamente, o procedimento do mandado de segurança ou o procedimento ordinário do Código de Processo Civil.

Analisando-se o dispositivo em debate, percebe-se que é necessário uma “relação de causalidade”<sup>295</sup> entre a inexistência da regulamentação pretendida e a inviabilidade dos direitos e liberdades constitucionais. Ou seja, “só se admite a impetração deste *writ* se, em decorrência da norma regulamentadora (causa), tornar-se inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (efeito)”<sup>296</sup>.

Portanto, o mandado de injunção pode ser impetrado desde que sejam observados dois requisitos fundamentais: a) a previsão de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja sendo inviabilizado; b) a falta de norma regulamentadora que efetive estas situações.

Importa, então, analisar o que se entende por “norma regulamentadora” e quais direitos e garantias são protegidos pelo mandado de injunção. Começemos pelo primeiro requisito.

---

<sup>295</sup> Sobre a necessidade dessa *relação de causalidade*, afirma Flávia Piovesan: “Como firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MI 81-6, ‘a situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexos causal entre o *vacum jûris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988” (PIOVESAN, 2003, p. 135).

<sup>296</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 533.

“Norma regulamentadora” não significa “norma legislativa”. Utilizando-se de uma interpretação sistemática, e tendo o dispositivo que trata sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103 da Constituição) como parâmetro, percebe-se que “norma regulamentadora” aqui significa “toda e qualquer medida necessária para que torne uma norma constitucional”. Ou seja, não importa se a omissão seja referente a uma omissão legislativa ou administrativa, concreta ou abstrata, mas sim que ela impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Os dispositivos constitucionais que tratam da competência para processar e julgar o mandado de injunção também permitem afirmar essa extensão de significado da expressão “norma regulamentadora”. Os arts. 102, I, “q” e 105, I, “h” da Constituição atual cuidam da competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para processar e julgar o mandado de injunção. Estes fazem alusão expressa à norma regulamentadora de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q”), e também à norma regulamentadora de atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta (art. 105, I, “h”). Sendo assim, pode-se concluir que toda medida que torne inviável o exercício de direito fundamental, seja ele legislativo ou administrativo, é carecedor do mandado de injunção.

Tema de grande interesse é justamente sobre a possibilidade de cabimento do mandado de injunção sobre os atos administrativos concretos. Flávia Piovesan e Dirley da Cunha Júnior encabeçam aqueles que acreditam no cabimento da injunção para essas hipóteses. Afirma o aludido autor:

Daí entendermos que o conceito de norma regulamentadora é abrangente de atos administrativos concretos e fatos administrativos, pois a ausência de uma ordem de serviço (ato administrativo concreto) para a implementação de um determinado serviço público (fato administrativo) pode, fatalmente, inviabilizar o exercício de um direito fundamental, como aqueles que carecem de providências materiais do poder público (educação e saúde, por exemplo). E a omissão destas providências consiste indubitavelmente na falta de norma regulamentadora. Não devemos limitar a compreensão de norma regulamentadora apenas a atos normativos do poder público. Seu conceito alcança toda “medida” necessária para tornar viável um direito fundamental. Efetivamente, se o direito à educação e à saúde só é exercitável se houver escolas, professores e vagas (educação), hospitais, postos de saúde, médicos e leitos (saúde), tem-se que tais providências, ainda que materiais, inserem-se no contexto conceitual de norma regulamentadora, de tal modo que, admite-se a impetração do *writ*.<sup>297</sup>

<sup>297</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 535.

No mesmo sentido, a professora Piovesan esclarece:

Compreender a “norma regulamentadora” como toda e qualquer “medida para tornar efetiva norma constitucional” é incluir no conceito de norma regulamentadora não apenas a edição de normas, mas a produção de ato administrativo e ato material. Nesse sentido, aliás, as lições de Clèmerson Merlin Clève, ao apontar que “é evidente que a *omissão de ato normativo* corresponde a um horizonte conceitual muito mais amplo do que a *omissão de ato legislativo*. No Brasil, portanto, o conceito de inércia constitucional engloba também a omissão de medidas normativas de cunho administrativo (regulamentos, instruções)”. Conseqüência deste raciocínio é admitir o mandado de injunção, inclusive, quando se tratar das denominadas normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, como é o caso do dispositivo do art. 205, relativo ao direito à educação e do dispositivo do art. 196, relativo ao direito à saúde.<sup>298</sup>

Contudo, há posicionamentos que divergem do visto acima. Alguns doutrinadores entendem pelo não cabimento do mandado de injunção para as hipóteses em seja necessária um ato administrativo material por parte do poder público. Neste sentido, Carlos Ari Sunfeld:

[...] há direitos, derivados de normas constitucionais de eficácia plena, cuja fruição requer providência material de outrem (o sujeito passivo do direito), normalmente o Poder Público. Ex.: o direito de acesso à escola (art. 128, § 1º) e o direito de acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) dependem da existência de escolas e hospitais, de professores e médicos, de material didático e medicamentos. Se alguém não obtém vaga em hospital ou escola, não é por falta de norma regulamentando tais serviços, mas por falta de providências materiais necessárias ao seu oferecimento (destinação de verbas, licitação, contratação, concurso público). Essa falta de providências materiais não é suprível por mandado de injunção, que se destina a suprir ausência de norma regulamentadora do direito, não de atos administrativos concretos (que não são regulamentadores). Contudo, tais direitos (acesso à escola e à saúde) são exigíveis, porque as normas que os definem têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo primeiro). Então, por meio de ações comuns pode-se obter a condenação do Estado à prática de atos necessários ao oferecimento de tais serviços (obrigação de fazer) ou ao ressarcimento (para pagar a utilização de serviços privados, na falta dos públicos).<sup>299</sup>

Ainda sobre o primeiro requisito, resta saber se há o cabimento do mandado de injunção na hipótese da norma regulamentadora ser considerada inconstitucional. Ou seja, apesar de existir uma norma que procure viabilizar a efetividade de um direito constitucional, a mesma seja considerada incompatível com os preceitos do sistema constitucional. Parte da doutrina considera possível o seu cabimento, uma vez que os efeitos da norma inconstitucional são os mesmos da falta da norma regulamentadora. Contudo, não é esta a posição da jurisprudência. “Segundo a Corte, se existe a norma regulamentadora, pouco importa se insatisfatória ou inconstitucional, não cabe a ação injuncional, pois tal situação não é comparável à

<sup>298</sup> PIOVESAN, 2003, p. 136.

<sup>299</sup> SUNDFELD, 2002, p. 146.



ausência de norma regulamentadora”<sup>300</sup>.

Desta assertiva também consta o fundamento jurisprudencial quanto ao não cabimento do mandado de injunção para as omissões legislativas parciais – “pouco importa se *insatisfatória* ou inconstitucional”. Vimos *supra* que ocorrerá a omissão parcial sempre que o legislador afrontar o princípio da isonomia, excluindo, assim, determinado benefício de um grupo que dele deveria fazer parte. “Neste sentido, a omissão legislativa parcial seria equiparável à falta de norma regulamentadora, o que ensejaria o cabimento do mandado de injunção para estender a disciplina legal aos grupos impetrantes excluídos, de modo a tornar viável o exercício de direito constitucional”<sup>301</sup>. Todavia, não é este o posicionamento que vem tendo o nosso Supremo Tribunal Federal.

Em que pese o entendimento de ilustríssimos doutrinadores e do Supremo Tribunal Federal, entendemos pela possibilidade do cabimento do mandado de injunção nas duas hipóteses acima referidas, ou seja, nos casos de norma regulamentadora existente, mas inconstitucional e de norma regulamentadora parcial. Em ambos os casos, entendemos que o vício normativo não contempla o objetivo constitucional. Não basta que a norma exista para que ela seja efetiva, mister que seus preceitos estejam de acordo com a constituição e que contemple a todos que poderiam ter tal direito.

Feita a análise sobre a expressão “falta de norma regulamentadora”, mister adentrarmos o campo do objeto do mandado de injunção, o segundo requisito do dispositivo em análise. É indiscutível que o objeto do mandado de injunção seja tornar possível o exercício de um direito fundamental, sendo o seu objeto, de acordo com o art. 5º, inc. LXXI: a) todo e qualquer direito e liberdade constitucional; e b) toda e qualquer prerrogativa inerente à nacionalidade, à cidadania e à soberania, cujo exercício estiver obstado por falta regulamentadora.

Três posições surgiram quanto à tutela dos direitos defendidos pelo mandado de injunção. Dirley da Cunha Júnior assim resume tais posicionamentos:

Uma primeira posição, capitaneada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que restringe o alcance do instituto tão-somente aos direitos políticos e aos direitos vinculados diretamente ao *status* de nacional, ficando de fora, por exemplo, os direitos sociais. Uma segunda posição, defendida por Celso Ribeiro Bastos e J. J. Calmon de Passos, que sustenta a aplicação do mandado de injunção aos direitos fundamentais previstos no catálogo do Título II da Constituição. E, finalmente, uma terceira posição, hoje dominante, cujo entendimento é o de que o presente *writ* é abrangente de todos os direitos fundamentais, sejam individuais (civis ou políticos), coletivos, difusos e sociais, encontrem-se inseridos ou não no catálogo do Título II da Constituição Federal.

<sup>300</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 536-537.

<sup>301</sup> PIOVESAN, 2003, p. 137.

André Puccinelli Júnior<sup>302</sup> assevera que, em homenagem ao princípio da efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deva ser atribuído o sentido que lhe dê maior eficácia, as duas primeiras correntes devem ser afastadas, pois restringem o alcance do mandado de injunção, restando a terceira corrente como a mais adequada, pois esta não leva em consideração o conteúdo do direito omissivo, mas apenas a ausência da norma.

Registre-se, portanto, que o objeto da presente ação constitucional não é obrigar o Congresso a legislar ou a criar a norma faltante, mas tão-somente viabilizar o direito constitucionalmente previsto enquanto não surja tal norma, aplicando-se, assim, a previsão do art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

#### 6.6.1.2 *Legitimidade ativa*

Para um exame mais acurado da legitimidade ativa, mister uma apreciação topográfica do mandado de injunção. Esta garantia constitucional encontra-se no art. 5º da Constituição Federal, ou seja, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, o qual consta em seu *caput* os destinatários daqueles direitos, *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Percebe-se, assim, que, diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa, física ou jurídica, desde que seja titular de um direito fundamental e o mesmo não possa ser exercitável em virtude da falta de norma regulamentadora.

O primeiro questionamento a ser feito é se o estrangeiro foi ou não alcançado pelo *caput* do art. 5º, sendo mais um destinatário da norma. Apesar de estar explícito no dispositivo a expressão “brasileiros e estrangeiros *residentes* no País”, não há como se imaginar os “demais” estrangeiros não estarem também protegidos pela norma. Imagine-se, por exemplo, um turista. Ele não reside no País, estando apenas de passagem. Se ele não for um destinatário da norma, significa que não possui os direitos garantidos pela mesma, p. ex., o direito a vida, a segurança, a propriedade.

Não se deve, portanto, fazer uma interpretação literal deste dispositivo da Constituição de 1988. Ele deve ser interpretado, portanto, a partir do princípio da unidade da Constituição e por uma interpretação sistemática. Assim, pode-se afirmar que são destinatários<sup>303</sup> dos

<sup>302</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2003, p. 176.

<sup>303</sup> Há hipóteses em que a própria Constituição exclui uma dessas pessoas como destinatários dos direitos fundamentais. Ocorre essa hipótese, p.ex., quando a Constituição reserva apenas aos nacionais o exercício dos direitos políticos, ou quando exclui dos brasileiros naturalizados a possibilidade de assumir determinados cargos públicos ou políticos (art. 12, § 3º). Contudo, é consenso na doutrina que apenas a Constituição Federal pode prever estes tipos de “exclusões”, não podendo haver nenhum tipo de discriminação por lei infraconstitucional.

direitos e garantidas fundamentais, assim como do mandado de injunção, todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou não no Brasil.

Questão ainda mais interessante é sobre a possibilidade do mandado de injunção ser cabível na hipótese de direitos coletivos e de direitos difusos.

No clássico julgamento do Mandado de Injunção nº 361-1 RJ, o Supremo firmou entendimento de ser cabível a impetração da ação constitucional por entidades coletivas, como os sindicatos, entidades de classes ou associações, desde que em defesa de seus respectivos membros ou associados, aplicando-se analogicamente o art. 5º, inc. LXX da Constituição Federal.

Não há dúvida na doutrina quanto ao cabimento do mandado de injunção na tutela de direitos constitucionais coletivos que sejam obstados em virtude da falta de norma regulamentadora. Dúvida reside na hipótese de direito difuso, o qual, caso fosse provido, serviria como uma norma geral e abstrata. Nesse sentido<sup>304</sup>, assevera Flávia Piovesan<sup>305</sup>:

Caso se admitisse a tutela também de direito difuso, o instrumento do mandado de injunção estaria, até certo ponto, a se confundir com o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isto é, caberia, em julgamento de mandado de injunção, a elaboração da norma regulamentadora geral e abstrata. O mandado de injunção deixaria de constituir instrumento de defesa de direito subjetivo, voltado a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, para se transformar em instrumento de tutela de direito objetivo, permitindo a eliminação de lacunas do sistema jurídico-constitucional.

Em via oposta, Dirley da Cunha Júnior afirma a possibilidade de impetração do mandado de injunção na hipótese dos direitos difusos. Afirma o autor que, nestas hipóteses, a inconstitucionalidade por omissão seria uma questão prejudicial, o que significaria que, mesmo sendo difuso o direito tutelado, o objeto da ação continuaria sendo um direito subjetivo<sup>306</sup>.

### 6.6.1.3 *Legitimidade passiva*

---

<sup>304</sup> Seguindo o entendimento da professora Piovesan, destaca André Puccinelli Júnior: “Possibilitar a regulamentação judicial *erga omnes* de interesses difusos que são, por sua própria natureza, indivisíveis e titularizados por um contingente indeterminado de pessoas, equivaleria a romper todas as fronteiras da doutrina da separação de poderes, não importa se mais ou menos elásticas, para investir o Judiciário em poderes normativos de alcance geral, libertando-os das amarras que o prendem à edição de normas voltadas a dirimir controvérsias individuais ou grupais. Importaria, em suma, converter as cortes judiciais em verdadeiras casas legiferantes. Daí a necessidade de se limitar a atuação do Ministério Público para que, na condição de substituto processual, só possa impetrar mandados de injunção tendentes a viabilizar direitos coletivos ou individuais homogêneos, mas nunca difusos” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2003, p. 181).

<sup>305</sup> PIOVESAN, 2003, p. 144.

<sup>306</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008a, p. 540.

Controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais também surgem no tocante à legitimidade passiva. No julgamento do Mandado de Injunção nº 323-8 DF, o ministro Moreira Alves firmou o entendimento do Tribunal Superior:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção, como já afirmado por este Tribunal, ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.<sup>307</sup>

Ou seja, o Supremo vem entendendo que a legitimidade passiva cabe exclusivamente às autoridades ou órgãos públicos responsáveis pela normatização da lei omissa, não vislumbrando sequer a hipótese de litisconsórcio entre estes e aqueles que seriam obrigados a cumprir a norma regulamentadora, o que coloca de fora da legitimidade passiva os particulares, uma vez que estes não possuem competência para a edição de tais normas.

Não concordamos com o entendimento estabelecido pelo Supremo. O principal problema na postura do STF se refere à natureza do mandado de injunção. Como visto no julgamento acima, o pretório excelso vê o mandado de injunção como uma ação mandamental, enquanto, em verdade, entendemos que ela seja de natureza constitutiva, pois constitui uma nova relação jurídica no momento em que determina a alguém o dever de viabilizar a efetividade da norma omissa. Nesse sentido, assevera André Puccinelli Júnior:

[...] a sentença proferida em mandado de injunção tem natureza constitutiva, pois constitui uma nova relação jurídica ao investir alguém no dever de viabilizar ou ao menos tolerar o exercício de um direito fundamental, mas não detém natureza mandamental, pois não se equipara a um mandamento judicial dirigido a outro órgão do Estado a fim de obter a regulamentação de certa norma constitucional. Logo, caracterizada a natureza constitutiva do mandado de injunção, é lícito considerar como legitimados passivos todos os entes, públicos ou privados, que suportarão o ônus da decisão judicial.<sup>308</sup>

Para elucidar a problemática, Dirley da Cunha Júnior<sup>309</sup> traz um exemplo esclarecedor. Ele afirma que, se um empregado quer reclamar um aviso prévio proporcional ao tempo de serviço maior do que o mínimo de 30 dias – o que deveria ter sido regulamentado por lei infraconstitucional –, o mais interessante para o empregado é impetrar o mandado de injunção em face de seu empregador, pois é ele quem irá viabilizar a efetividade do direito fundamen-

<sup>307</sup> MI 323, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08/04/1994, DJ 09-12-1994.

<sup>308</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 182.

<sup>309</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 541.

tal, e não contra o Congresso Nacional, que é o competente constitucionalmente escolhido para a elaboração da norma regulamentadora em causa.

Conclui o eminente autor que o objetivo do mandado de injunção não é a expedição da norma regulamentadora, mas tão-somente o gozo imediato do direito previsto e não regulamentado, devendo, portanto, a legitimidade passiva recair sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada que viria a suportar tal ônus<sup>310</sup>.

Concordamos com o posicionamento da professora Flávia Piovesan e dos professores Dirley da Cunha Júnior e André Puccinelli Júnior, dentre outros. Repita-se, se o objeto do mandado de injunção é viabilizar o direito fundamental em virtude da falta da norma regulamentadora, melhor que ele seja impetrado contra aquele que virá a viabilizar o seu cumprimento.

Vale salientar que o arts. 102, I, “q” e 105, I “h” da Constituição Federal referidos *supra* apenas cuidam de estabelecer as autoridades e órgãos competentes para o processamento e o julgamento do mandado de injunção, e não para terem a qualidade de sujeitos passivos.

#### 6.6.1.4 *Os possíveis efeitos na decisão do Mandado de Injunção: por uma mudança de paradigma*

É precisamente a questão dos efeitos da sentença do mandado de injunção que traz mais dúvidas na doutrina e na jurisprudência, pois é na escolha destes efeitos que poder-se-á dizer qual o verdadeiro alcance e objetivo desta ação injuncional.

Em que pese as discussões doutrinárias, três são as teses principais quanto aos efeitos do mandado de injunção: (a) *Tese concretista geral ou da independência jurisdicional*: afirma-se que cabe ao Poder Judiciário elaborar a norma faltante para suprir a omissão legislativa, conferindo-lhe eficácia *erga omnes*; (b) *Tese não-concretista ou da subsidiariedade*: para esta, o Poder Judiciário tem apenas o dever de declarar a existência da omissão inconstitucional e dar ciência ao órgão competente para que este tome as medidas necessárias para sua colmatação; (c) *Tese concretista individual ou resolutive*: para esta teoria, o Poder Judici-

---

<sup>310</sup> Na mesma linha de entendimento, assegura Flávia Piovesan: “[...] sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante”. (PIOVESAN, 2003, p. 145).

ário tem o dever de garantir o imediato exercício do direito fundamental não viabilizado pela falta da norma legislativa.

A fim de se entender qual tese é a mais adequada para os dias atuais, melhor explorar sucintamente cada uma dessas teorias.

A primeira corrente doutrinária garante ao Poder Judiciário a possibilidade de *criar* a norma jurídica faltante, criando-se, assim, a norma geral e abstrata para tutelar a norma omissa. Não concordamos com tal corrente. Como visto *supra*, o objetivo do mandado de injunção é viabilizar um direito *subjetivo* do autor da ação; em outras palavras, o autor tem um direito fundamental previsto mas não viabilizado em razão da omissão do legislador. Aceitar a idéia de que o Poder Judiciário possa criar a norma faltante não satisfaz a uma tutela de direito *subjetivo* não viabilizado, mas sim a de uma tutela de direito objetivo – o mandado de injunção passaria a ter a função de criar a norma faltante, o que é dever do Poder Legislativo, e não do Judiciário.

Vale salientar, que o instrumento adequado de defesa do direito objetivo frente a uma omissão inconstitucional não é o mandado de injunção, e sim a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, pensar na possibilidade do Poder Judiciário criar a norma faltante implica em afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que é atividade típica do poder legislativo a edição de normas gerais e abstratas.

Igualmente insatisfatória é a segunda corrente, a qual confere ao mandado de injunção os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quais sejam, a declaração da omissão inconstitucional e a devida ciência aos órgãos competentes para que tomem as medidas necessárias à efetividade da norma constitucional.

Admitir a equiparação do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão iria de encontro ao princípio da coerência e da máxima efetividade, pois, como o constituinte não utiliza de palavras inúteis, não teria como haver dois instrumentos no mesmo ordenamento jurídico com a mesma finalidade, mas com legitimados diferentes. Isso faria com que o rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão fosse ampliado desarrazoadamente.

Seria ilógico, portanto, a concepção de dois instrumentos que tivessem a mesma finalidade no sistema jurídico, a completude do direito objetivo no ordenamento jurídico. Contudo, foi esse o entendimento inicial do Supremo quanto a matéria, como pode-se observar no Mandado de Injunção 107-3 DF<sup>311</sup>, considerado o *leading case* na matéria:

---

<sup>311</sup> MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 21.09.90.

O mandado de injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade deste omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna)<sup>312</sup>.

Tal entendimento fez com que se esvaziasse o objeto do mandado de injunção, observando Luís Roberto Barroso que, naquele momento, de acordo com a interpretação da Suprema Corte, havia dois remédios constitucionais para que fosse dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e *nenhum* para que composse, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado<sup>313</sup>.

Todavia, em virtude das severas críticas feitas pela doutrina ao posicionamento do STF, a Suprema Corte mudou de entendimento no MI 283-5, impetrado com fundamento no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. De acordo com o dispositivo em tela, o Congresso Nacional teria doze meses para criar a referida lei que trouxesse reparação econômica para aqueles que foram afetados por atos discricionários do Ministro da Aeronáutica durante o regime militar. Como a referida lei não foi editada dentro do prazo previamente estipulado pelo legislador ordinário, foi impetrado o MI 283-5 para efetivar tal direito subjetivo do cidadão. Neste julgado, ao invés de conferir ao mandado de injunção os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, “a Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a elaboração da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, assegurar ao impetrante um título jurídico para obter do Poder Público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos”<sup>314</sup>.

Destaca Dirley da Cunha Júnior a relevância e os pontos principais da sentença deste mandado de injunção:

Nesse mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, do ADCT, comunicando a decisão ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinalar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que seja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida

<sup>312</sup> Esse mesmo entendimento foi seguindo em outros momentos, como no MI 168-5: “O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 20.04.90)

<sup>313</sup> BARROSO, 2001, p. 269.

<sup>314</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 547.

de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem e, finalmente, d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudica a coisa julgada, que, entretanto, não impede o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.<sup>315</sup>

Percebe-se que há uma nítida mudança nos efeitos desta decisão para aquele primeiro entendimento, contudo, continua tal posicionamento não sendo o mais adequado para a via injuncional, uma vez que, havendo o escoamento do prazo para a criação da norma, deve o cidadão procurar a via ordinária para a satisfação do direito almejado, o que deveria ser objeto do próprio mandado de injunção.

Mais à frente<sup>316</sup>, no MI 232-1, o Supremo também decidiu por conferir um novo prazo para que o Congresso Nacional editasse a norma jurídica faltante. Nesta hipótese, o Supremo deferiu em parte o pedido do mandado de injunção, declarando, assim, o estado de mora a fim de que, no prazo de seis meses, o Congresso Nacional tomasse as medidas necessárias para a edição da norma prevista no § 7º do art. 195 da Carta Magna, sob pena de, vencido esse prazo sem a criação da lei, passasse o cidadão a gozar imediatamente da referida imunidade.

Infere-se, assim, que a grande evolução deste julgado para o anterior é que, nesta hipótese, o cidadão não precisaria mover a instância ordinária para gozar do seu direito com o fim do prazo estabelecido pelo STF, pois ele já estava previsto na própria sentença do mandado de injunção.

Contudo, Flávia Piovesan<sup>317</sup> esclarece que, embora as decisões do Mandado de Injunção 283-5 e 232-1 expressem um avanço na orientação jurisprudencial do Supremo, ainda não expressam a real potencialidade do mandado de injunção, que permite ao próprio Poder Judiciário assegurar ao impetrante o exercício imediato de direitos, liberdade e prerrogativas constitucionais no caso concreto, sem a necessidade de conferir ao Congresso prazo para criação da norma omissa.

A real potencialidade do mandado de injunção é afirmado na terceira corrente doutrinária, a qual afirma que, através desta ação constitucional, o Poder Judiciário tem o dever de viabilizar *imediatamente*, no caso concreto, o direito fundamental pleiteado pelo requerente na hipótese de omissão inconstitucional.

<sup>315</sup> Ibid., p. 548.

<sup>316</sup> “Esta mudança na orientação do Supremo Tribunal Federal foi reafirmada no julgamento do MI 232-1, onde se discutiu o alcance do § 7º do art. 195 da Constituição de 1988, que estabelece serem “*isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei*”. Decorridos mais de dois anos da promulgação da Carta, tal lei não havia ainda sido editada, apesar de o art. 59 do ADCT haver fixado um prazo máximo de seis meses para sua apresentação e outros seis meses para que fosse apreciada pelo Congresso Nacional” (BARROSO, 2001, p. 271).

<sup>317</sup> PIOVESAN, 2003, p. 156-157.



Para os adeptos desta corrente, ao qual nos filiamos, o Poder Judiciário não irá criar a norma geral e abstrata omissa no mundo jurídico, muito menos conferir prazo para que o órgão ou autoridade competente cumpra com o seu dever de editá-la, mas tão-somente “criar” a lei, através de sentença, naquele caso concreto pleiteado pelo requerente.

O objetivo do mandado de injunção, portanto, não é suprir a lacuna legislativa, a qual continuará a existir, mas sim viabilizar que o direito que seria oferecido nesta norma seja garantido ao cidadão. Nesse sentido, esclarece Calmon de Passos que o mandado de injunção:

não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercendo a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto.<sup>318</sup>

Para cumprir tal desiderato, o judiciário deve, a fim de concretizar o direito constitucional vigente, fazer uma interpretação criativa do sistema jurídico, inovando o ordenamento jurídico a cada colmatação das lacunas existentes. Sendo assim, por vezes o intérprete deverá demonstrar que a norma de eficácia limitada pode ser interpretada como se plena ela fosse ou ele deverá ter uma atividade ainda mais criativa, fixando uma alternativa que não existe ainda no sistema jurídico<sup>319</sup>.

E foi justamente essa postura criativa que influenciou o Supremo Tribunal Federal na decisão em conjunto dos mandados de injunções n. 670, 708 e 712, realizado em 2008. A questão envolvia o direito de greve do servidor público previsto no art. 36, inc. VII da Constituição de 1988, o qual confere o direito de greve ao servidor, mediante a criação de uma regu-

<sup>318</sup> PASSOS, Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (Constituição e Processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98-99.

<sup>319</sup> Exemplifica, nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior: [...] essa decisão injuntiva do Judiciário se limita a *revelar a dimensão normativa autônoma* de alguns direitos fundamentais, ou seja, aqueles direitos que, detentores de normatividade, atualidade, positividade e autonomia, são suscetíveis de aplicabilidade direta, não obstante a Constituição os colocar sob a reserva da lei. É o caso, por exemplo, do direito de proteção aos locais de culto e as suas liturgias, garantido na forma da lei (CF, art. 5º, VI). A inexistência da lei aí requerida não impedirá o exercício desse direito constitucionalmente consagrado, uma vez que, por meio do mandado de injunção, o juiz pode criar, para o caso, uma norma asseguradora da proteção em tela. Ou do direito à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, assegurado nos termos da lei (CF, art. 5º, VII), hipótese em que o juiz ou o tribunal competente, na ausência da lei, pode proferir decisão no sentido de que essas entidades coletivas marquem dia, hora e local destinados ao gozo do direito de assistência. [...] Há situações, sem dúvida, em que a resolução do mandado de injunção exigirá do juiz certa dose de criatividade. Imagine-se a hipótese de alguém desejar exercer o direito de escusa de consciência (CF, art. 5º, VIII), sendo impedida sob o argumento de que ainda não existe a lei prevendo a prestação alternativa. O juiz terá, inevitavelmente, de atuar criativamente para suprir a omissão dessa lei (ele mesmo fixando uma alternativa razoável e adequada para o caso concreto), a fim de conferir realidade prática ao direito em tela. Suponha-se, também, um cidadão portador de deficiência desejar ter acesso, por concurso público, a cargos ou empregos públicos dentro da reserva que a Constituição lhe assegurou, cujo percentual será definido em lei. Partindo do suposto de que a lei ainda não existe, o juiz, reconhecendo a falta da norma regulamentadora, fixará esse percentual, potencializando o direito em causa (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 555).

lamentação específica. Como tal lei até o presente momento não foi editada, por diversas vezes o STF foi pressionado a se manifestar, através de ações injuncionais anteriores a estas, mas o Supremo sempre teve o entendimento de que a omissão existia, de que ela era inconstitucional, mas que o máximo que se poderia fazer era dar ciência ao Congresso Nacional quanto a falta da lei.

Ocorre que, na decisão dessas três injunções paradigmáticas, o Supremo mudou o seu posicionamento, afirmando a existência da omissão inconstitucional e de que não mais daria ciência ao Congresso para criar a norma, haja vista tal conduta já haver sido realizada por diversas vezes. Sendo assim, o Supremo conferiu a possibilidade do direito de greve para os servidores públicos através de sentença, devendo-se os servidores utilizar, analogicamente, a lei de greve geral para se regular os limites deste direito. A despeito do posicionamento dos ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Enrique Lewandowski, os quais defendiam a eficácia *inter partes* dos efeitos desta decisão, o Supremo conferiu eficácia *erga omnes* a ela, permitindo que todo e qualquer servidor público possa manifestar o seu direito constitucional à greve<sup>320</sup>.

Apesar deste ser o sentido mais adequado para o mandado de injunção, muitos entendem que dificilmente o Supremo Tribunal Federal irá se afastar do seu posicionamento tradicional para cumprir a sua função de possibilitar a máxima efetividade das normas constitucionais eivadas de regulamentação infraconstitucional.

Deve-se destacar, aqui, que esta é a responsabilidade do judiciário, tornar viável o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstado por falta de norma reguladora. Impetrado o mandado de injunção, não cabe ao juiz ou tribunal simplesmente redirecionar essa responsabilidade ao órgão competente a criar a lei (lembre-se, o Supremo não entende que a autoridade ou órgão que deveria viabilizar o exercício do direito fundamental seja um legitimado passivo, mas tão-somente o órgão ou autoridade que deve criar a norma omissa).

Acionado o judiciário, ante o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais visto *supra*, mister que ele procure cumprir a máxima efetividade da constituição, viabilizando, assim, o direito previsto na carta constitucional. Não pode o poder judiciário se escusar de garantir o exercício porque esse deveria ser um dever do legislador. Redirecionar essa responsabilidade a *outrem* “implicaria no esvaziamento da força

---

<sup>320</sup> “Com essa decisão, o STF finalmente diferenciou, no que concerne aos efeitos, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conferindo ao primeiro a potencialidade de afastar, desde logo, a omissão inconstitucional. Trata-se de um avanço capaz de retirar do limbo o mandado de injunção, sobretudo pelo fato de o STF ter admitido a possibilidade de dar à decisão eficácia *erga omnes*, a despeito da inexistência de previsão legal ou constitucional nesse sentido” (BARROSO, 2001, p. 274).

vinculante dos direitos fundamentais e na ofensa do mencionado princípio constitucional<sup>321</sup>.

Mas nem todos entendem da mesma forma. Para alguns, esse posicionamento mais ativo do poder judiciário de viabilizar o exercício de um direito fundamental através de uma sentença que permita o exercício de um direito ainda não regulamentado pelo legislador acabaria por ferir o princípio da separação dos poderes, pois invadiria a função típica do legislativo.

Como visto no início desta pesquisa, discordamos deste entendimento, pois, em virtude do próprio princípio da separação dos poderes, ao judiciário cabe emitir uma decisão ao caso que lhe foi apresentado, e não emitir uma norma geral e abstrata. O que o judiciário procura fazer no mandado de injunção é responder satisfatoriamente ao caso que lhe foi apresentado, e apenas redirecionar o caso para o legislativo não significa ser satisfatório. E como cabe ao judiciário garantir a máxima efetividade dos direitos e prerrogativas constitucionais, os mesmos devem ser viabilizados mesmo no caso de inércia legislativa, ou então, poderíamos entender que o judiciário também estaria se mostrando inerte.

E quando se afirma essa possibilidade do judiciário suprir a mora legislativa, lembremos que ele não está criando uma norma geral e abstrata, mas tão somente uma sentença que será viável naquele caso concreto. Contudo, nas hipóteses em que o supremo confere eficácia *erga omnes* à sua decisão, também não entendemos que haja uma usurpação do poder judiciário.

Em verdade, o princípio da separação dos poderes é baseado num sistema de “freios e contrapesos”, em que um órgão de um Poder será sempre fiscalizado por um órgão do outro Poder. Desta maneira, podemos dizer que quando há uma omissão legislativa é *dever* do judiciário fiscalizar essa omissão, o que será feito através de uma sentença que viabilize o exercício do direito constitucional não regulamentado. “Somente a partir da conjugação do princípio da prevalência da Constituição com o princípio do controle mútuo entre os poderes é que se faz possível alcançar a compreensão do novo instituto<sup>322</sup>”.

## 6.6.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

### 6.6.2.1 Considerações iniciais

---

<sup>321</sup> PIOVESAN, 2003, p. 165.

<sup>322</sup> PIOVESAN, 2003, p. 171.

Assim como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem o objetivo de sanar a omissão irregular do Poder Público, ou seja, solucionar o caso em que a Constituição confere, de forma certa e determinada, um dever ao Poder Público, mas este fica inerte. Procura-se através do presente controle de constitucionalidade fazer com que as normas constitucionais alcancem a máxima efetividade que elas deveriam possuir. Contudo, no Brasil, “o mecanismo não conseguiu combater o *silêncio transgressor*, a *insinceridade normativa*, a *inércia legislativa*, o *programaticismo das cartas novecentistas*, responsáveis pela *síndrome de inefetividade das constituições*”<sup>323</sup>.

Diferentemente do mandado de injunção, a ação direta não tem o objetivo de conferir o direito subjetivo pleiteado pelo destinatário da norma constitucional – permitindo-lhe o exercício do direito fundamental não viabilizado pela omissão inconstitucional – mas sim resolver o problema no seu aspecto objetivo, ou seja, resolver a questão *no próprio ordenamento jurídico*, obrigando o órgão competente a criar a norma faltante. Desta forma, preceitua o art. 103, § 2º da CF: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Ou seja, enquanto a procedência da ação no mandado de injunção permite que o seu impetrante usufrua do exercício do direito fundamental pleiteado, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a procedência do pedido não terá, em regra, o exercício do direito como o seu resultado, mas apenas a devida notificação ao órgão competente para que elabore a norma na faltante. Não se procura, assim, resolver litígios, mas somente colmatar a ordem jurídica.

É praticamente unânime na doutrina a influência que a Constituição de 1988 sofreu da Carta portuguesa sobre a norma em destaque. A título de elucidação, verbera o art. 283º da Constituição portuguesa: “1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos nas regiões autônomas, dos Presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”<sup>324</sup>.

---

<sup>323</sup> BULOS, 2010, p. 330.

<sup>324</sup> Sobre as semelhanças e diferenças entre os diplomas brasileiro e português, esclarece André Puccinelli Júnior: “Nos dois sistemas, a solução é idêntica: verificada a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, deve a Corte Constitucional cientificar o órgão competente a fim de proceder à regulamentação necessária. [...] Em ambos os diplomas, a ação de inconstitucionalidade por omissão suscita o exercício da jurisdição concentrada no órgão de cúpula do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal no Brasil (CF, art. 102, I, a) e o Tribunal

### 6.6.2.2 *Legitimidade e procedimento*

Em virtude do seu objetivo ser justamente a completude normativa do ordenamento jurídico, e não a viabilidade imediata do exercício de um direito constitucional, os legitimados ativos para a propositura de tal ação é restrito, estando eles englobados no art. 103, *caput*, da CF: “Podem propor ação direta de inconstitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa; V – o Governador de Estado; VI – o Procurador Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Perceba que, apesar da ação direta de inconstitucionalidade por *omissão* estar topograficamente no artigo que trata da ação direta de inconstitucionalidade por *ação*, isso não significa que sejam expressões sinônimas. Ambas possuem a mesma natureza, levando à instauração de um *processo objetivo* de controle abstrato de constitucionalidade. Por outro lado, elas possuem objetos diferentes: enquanto a ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto um *facere* que seja incompatível com os preceitos constitucionais, a ação de inconstitucionalidade por omissão tem por fim restaurar a máxima efetividade constitucional, dando ciência para o órgão omissor a fim de que supra a lacuna legislativa.

Uma característica entre as duas ações diretas de inconstitucionalidade – a genérica e a por omissão – é justamente o rol de legitimados acima suscitados, os quais são os mesmos legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade. Essa ampliação foi, também, um grande destaque com a Constituição de 1988. No sistema normativo anterior, na Constituição de 1967, apenas o Procurador-Geral da República tinha competência para impetrar a ação direta de inconstitucionalidade. A inovação fez com que houvesse uma enxurrada de processos acerca do controle concentrado de constitucionalidade no STF, o que impeliu o Pretório Excelso a restringir de certa forma esses legitimados.

---

Constitucional em Portugal (CRP, art. 283). A eficácia *erga omnes* da decisão que reconhece a disfunção omissiva e a limitação do controle a questões puramente abstratas são outras similitudes presentes no sistema lusobrasileiro. [...] Mas também é possível surpreender algumas dessemelhanças entre os dois institutos. Assim, no tocante à legitimidade ativa *ad causam*, é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira superou a portuguesa. Enquanto a primeira estabeleceu um amplo rol de legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade (CF, art. 103, I a IX), a segunda concentrou esta faculdade processual nas mãos de três agentes: Presidente da República, Provedor de Justiça e Presidentes das Assembléias Legislativas Regionais. Ademais, a Constituição brasileira permite incluir no pólo passivo da ação não apenas o legislador inerte, mas também o órgão administrativo omissor, assinalando-lhe prazo de trinta dias para a regulamentação do preceito constitucional. O estatuto português, por seu turno, só considera relevante a omissão de medidas legislativas, excluindo do âmbito de controle os regulamentos administrativos” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 141).

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal entende que há duas espécies de legitimados, os universais e os por pertinência temática. Para o STF, os legitimados universais (o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e os Partidos Políticos) são os únicos que possuem competência para interpor a referida ação diante de *qualquer* omissão legislativa, não importando o conteúdo dessa omissão. Por outro lado, os demais legitimados (a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional) só podem acionar o poder judiciário quando a omissão inconstitucional tiver um vínculo com sua área de atuação.

Não obstante a evidente ampliação do rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o constituinte não conferiu legitimidade ao cidadão. O constituinte conferiu legitimidade ao cidadão, através de determinados requisitos, para propor lei, mas não confiou ao cidadão a possibilidade de propor emendas constitucionais. Entendemos que em nada prejudicaria o sistema jurídico, ao contrário, seria uma imensa inovação, possibilitar ao cidadão, mediante requisitos constitucionais, a possibilidade da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade, tanto a genérica quanto a por omissão<sup>325</sup>.

Apesar de não ter conferido legitimidade ao cidadão para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, permitiu o constituinte que a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional o fizesse. Como a intenção do STF é reduzir o rol de legitimados, e não a sua ampliação, não é qualquer confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional que tem o direito de propor uma ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com a atual jurisprudência do STF, capitaneada pela decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 505-7, apenas as Confederações constituídas por pelo menos três Federações Sindicais têm competência para propor a citada ação.

Já o entendimento do que vem a ser uma “entidade de classe *de âmbito nacional*” até o presente não é algo claro na doutrina e na jurisprudência. Para o STF, entidade de Classe de âmbito nacional seria aquela capaz de representar integralmente uma categoria econômica ou profissional, desde que reúna associados ao menos em nove Estados da Federação, por analogia à lei dos partidos políticos<sup>326</sup>. Assim como André Puccinelli Júnior, Flávia Piovesan dis-

---

<sup>325</sup> Neste mesmo sentido, Flávia Piovesan, Clèmerson Merlin Clève e Anna Cândida da Cunha Ferraz.

<sup>326</sup> Sobre o tema, veja-se a ementa da ADI 3843: “DECISÃO: 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, movida pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), e em que se impugna o art. 1º da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, na parte em que acrescenta o inc. XII ao art. 93 da Constituição da República, o qual dispõe que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente

corda desse entendimento. Esclarece a ilustre professora que ainda não existe no campo doutrinário a definição do termo “de âmbito nacional” e que ainda não se tem ao certo a extensão do “coeficiente de representatividade” necessário para a sua existência. Desta forma, a fim de que se possibilite a defesa da constituição, deveria o poder judiciário permitir o acesso a tais ações das entidades que se mostrassem expressivas na sociedade civil.

No tocante à legitimidade passiva, não há dúvidas na doutrina acerca da legitimidade passiva da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como o escopo é a supressão da lacuna normativa, o único que pode figurar no lado passivo é justamente a pessoa ou órgão responsável pela não edição do ato necessário à efetividade da norma constitucional. Quanto

---

forense normal, juízes em plantão permanente” (fls. 02/08). 2. Inviável a demanda. A associação autora, segundo consta de seu estatuto (arts. 1º e 2º), apresenta-se, formalmente, como entidade de classe de âmbito nacional, representativa do corpo de magistrados estaduais. Tal disposição, no entanto, não é suficiente para que se possa dar, sem mais, por sua legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sob a figura prevista no art. 103, inc. IX, da Constituição da República. Com efeito, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “para que a entidade de classe tenha âmbito nacional, não basta que o declare em seus estatutos. É preciso que esse âmbito se configure, de modo inequívoco” (ADI nº 386, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 28.06.1991. Cf., ainda, ADI nº 79-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.1992 e ADI nº 108-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.1992). A exigência de que a representatividade nacional da associação se manifeste de maneira material e efetiva, não apenas formalmente, é imperativo da admissibilidade da legitimação extraordinária. Por trás de todas as hipóteses em que a lei autoriza certa pessoa a postular em juízo, em nome próprio, a tutela de direitos ou interesses de que outros sejam teóricos titulares - daí, o caráter extraordinário da legitimidade -, está o reconhecimento normativo de que algum especial interesse liga o legitimado extraordinário, ou substituto processual, à situação jurídica que, pertinente a terceiro, ou o substituído, constitui o objeto do processo<sup>1</sup>. É, exata e unicamente, a existência de estreita ligação entre a matéria debatida e o substituto que lhe confere a este a legitimidade, não apenas em sentido processual, mas também em sentido político-social, para o exercício da ação. Só nos casos em que a pessoa do substituto ostente adequada representatividade daquele ou daqueles que substitui, justifica-se-lhe permitir atue em juízo na defesa dos interesses destes. *Bem por isso, a jurisprudência da Corte entende que se não configura a legitimidade extraordinária da “entidade de classe de âmbito nacional”, para instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, inc. IX, da CF), quando a associação autora represente apenas fração ou parcela da categoria profissional por conta de cujo interesse vem a juízo* (ADI nº 591, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 22.11.1991; ADI nº 353-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.04.1993; ADI nº 1.297-MC, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.11.1995; ADI nº 1.771, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 03.04.1998; ADI nº 1.574-QO, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 27.04.2001; ADI nº 846, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 17.12.1993; ADI nº 809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 16.04.1993). Se o ato normativo impugnado mediante ação direta de inconstitucionalidade repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe, não é legítimo permitir-se que associação representativa de apenas uma parte dos membros dessa mesma classe impugne a norma, pela via abstrata da ação direta. Afinal, eventual procedência desta produzirá efeitos erga omnes (art. 102, § 2º, da CF), ou seja, atingirá indistintamente todos os sujeitos compreendidos no âmbito ou universo subjetivo de validade da norma declarada inconstitucional. É o caso dos autos. A ANAMAGES representa tão-só - formalmente, pelo menos - o corpo dos magistrados estaduais, ao passo que a norma aqui impugnada é aplicável a todos os membros integrantes do Poder Judiciário, independentemente da “Justiça” ou ramo estrutural a que pertençam. Não se pode, portanto, reconhecer à associação autora o requisito da ampla representatividade do conjunto de todas as pessoas às quais a norma atacada se aplica, nem, por conseguinte, sua legitimação ativa extraordinária para a demanda. Não por outro motivo, já rejeitou este tribunal, em caso análogo, a legitimidade ativa de associação representativa dos juízes de paz para a ação direta de inconstitucionalidade. A respeito deles advertiu o Min. Relator: “[...] representam expressão parcial, mera fração da categoria judiciária. Tal circunstância descaracteriza a entidade de classe que os congrega como instituição ativamente legitimada à instauração do processo de fiscalização normativa abstrata, como ocorre, por exemplo, com a AJUFE (que reúne somente os juízes federais) e com a ANAMATRA (que compreende os magistrados da Justiça do Trabalho), que não dispõem, pelas mesmas razões (ambas representam fração da categoria judiciária), de qualidade para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade” (ADI nº 2.082-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10.04.2000). No mesmo sentido, já me manifestei (cf. ADI nº 3.617, DJ de 09.12.2005). 3. Ante o exposto, indefiro a inicial, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.1990, 267, inc. VI, e 295, inc. II, do CPC. - grifo nosso (ADI 3843, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 31/03/2008, DJU em 10/04/2008).

ao procedimento, o art. 12-E da Lei nº 12.063/2009 prevê que o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve ser semelhante ao da ação direta de inconstitucionalidade por ação, disciplinado pela Lei nº 9.868/99, salvo no que esta lei for incompatível com a natureza peculiar da ação direta por omissão.

### 6.6.2.3 *Efeitos da decisão*

Os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão constam no próprio dispositivo que trata do tema, o § 2º do art. 103 da Constituição Federal. De acordo com o dispositivo, a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará ciência ao poder omissor para que trate das providências necessárias para a colmatação constitucional, e quando o órgão omissor for um órgão administrativo, confere-se um prazo de trinta dias a tal órgão para que supra a omissão. Infere-se, portanto, que a decisão desta ação é meramente mandamental, pois apenas exprime uma ordem para determinado órgão a fim de que elabore a norma faltante.

Ocorre que, quando o órgão omissor é o Legislativo<sup>327</sup>, de nada adianta dar-lhe ciência para que tome as providências cabíveis, pois, como não há um prazo estipulado para que seja suprida a omissão, e também por não existir sanção como consequência jurídica da não-regulamentação devida, muito dificilmente o órgão legislativo irá criar a norma faltante.

Essa preocupação com a efetividade, desde a promulgação da Constituição de 1988, tem fundamento. Exemplificativamente, de acordo com um levantamento realizado pela Consultoria-Geral da República logo após a promulgação da Constituição, foi constatado que existiam, naquela época, duzentas e quarenta e duas normas a serem regulamentadas<sup>328</sup>. A não regulamentação destas normas apenas prova a inefetividade constitucional.

Em função disso, defendemos – ao lado da doutrina mais vanguardista – a idéia de que a referida ação constitucional deva ser lida por uma ótica global. Deve-se interpretar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão sistematicamente com os demais preceitos da constituição e, mais do que isso, com um dos principais objetivos da constituição: sua efetividade.

Sendo assim, coadunamos com a idéia de que o dispositivo constitucional que trata

---

<sup>327</sup> Quando o órgão omissor for um órgão administrativo, a decisão deve ordenar que a omissão seja cumprida em até trinta dias. Findo este prazo sem a devida normatização, o agente responsável pode ser responsabilizado.

<sup>328</sup> PIOVESAN, 2003, p. 121.



da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deva ser interpretado não apenas declarando a inconstitucionalidade e declarando a ciência ao legislador, mas que se tenha uma posição mais atuante e coerente com o princípio da máxima efetividade constitucional. Aceitar que o objetivo do dispositivo em tela é unicamente a declaração ao órgão inerte não condiz com o real intento do legislador constituinte, uma vez que não resolverá o problema das omissões inconstitucionais e muito menos da não efetividade da Constituição<sup>329</sup>.

Lembra André Puccinelli Júnior<sup>330</sup> que a procedência da ação direta não é de todo inócua, pois declara a mora legislativa e torna límpida a responsabilidade estatal pelos danos daí advindos. Nesta visão, configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público responsável pela omissão. Contudo, não é este o objetivo da Constituição:

Não satisfaz ao propósito constitucional, outrossim, cogitar-se de outros meios alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão, que representa providências meramente ancilar no controle de constitucionalidade por omissão<sup>331</sup>.

A fim de satisfazer a vontade da Constituição, mister que o intérprete vá além do que disciplina o dispositivo em destaque. Fazendo uma analogia com a ação direta genérica, cabe ao Supremo, quando for declarada a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, expeli-los do sistema jurídico; analogicamente, no tocante a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, declarada esta, deve o STF afastar tal vício do sistema jurídico, pondo fim à omissão<sup>332</sup>.

Desta maneira, uma das formas de satisfazer a constituição é não apenas declarar a mora legislativa, mas conferir-lhe um prazo para que a omissão seja suprida. E não apenas isso. Caso a norma não seja feita dentro do prazo estipulado, entendemos que deverá o órgão judiciário dispor normativamente sobre a matéria não-regulamentada, a qual prevalecerá temporariamente até a edição da norma legislativa. Neste mesmo sentido, assenta Flávia Piovesan<sup>333</sup>:

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o le-

<sup>329</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 566.

<sup>330</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 159.

<sup>331</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 566-567.

<sup>332</sup> PIOVESAN, 2003, p. 125.

<sup>333</sup> Ibid., p. 126-127.

gislador omissivo suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do art. 64, § 2º, do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante. Esta decisão normativa do Supremo Tribunal Federal, de caráter temporário, viabilizaria, desde logo, a concretização de preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Por outro lado, ressalva a ilustre doutrinadora que há matérias em que o poder judiciário não poderá substituir o legislador, o que ocorre, por exemplo, com as normas de eficácia limitada do tipo institutivo (normas que dispõem sobre a organização de certas entidades, como a Advocacia Geral da União, o Conselho da República ou de Defesa Nacional) e os projetos de códigos e projetos de leis restritivas de direitos, dentre outras.

Deve, portanto, o poder judiciário analisar se realmente deve atuar, suprimindo a omissão inconstitucional, dispondo sobre a matéria omissa e conferindo a efetividade da norma constitucional. Haveria, assim:

[...] que se distinguir o dever constitucional de legislar, suscetível de complementação ou suprimento, daquela exigência insuprível na via judicial, posto que requer, necessariamente, a intervenção insubstituível do legislador. Vale dizer, caberia ao Poder Judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os Tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade de o Poder Judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige a regulamentação.<sup>334</sup>

### 6.6.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental é uma inovação da Constituição brasileira de 1988. Prevista inicialmente no parágrafo único do art. 102 da Carta Magna, o instituto foi topograficamente alterado com a Emenda Constitucional n. 3 de 1993 para o § 1º do mesmo artigo (uma vez que o seu parágrafo único foi excluído), mas conservando a sua redação: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

<sup>334</sup> PIOVESAN, 2003, p. 127.

Quanto à eficácia do dispositivo, em virtude da sua parte final, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela não-aplicabilidade imediata da ADPF<sup>335</sup>, necessitando o instituto de regulamentação posterior para que passasse a produzir efeitos concretos. Como visto *supra*, o dispositivo em análise pode ser caracterizado como uma norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo, necessitando, assim, de uma normatização posterior para que disciplinasse a sua instrumentalização<sup>336</sup>.

Não faltam críticas a essa posição do Supremo, pois, da mesma forma que as demais formas de controle de constitucionalidade concentrado, mesmo na ausência da legislação infraconstitucional, não se duvidava da possibilidade da utilização da ação genérica de inconstitucionalidade.

Ademais, salienta Elival da Silva Ramos<sup>337</sup> que somente se justificaria a subordinação da eficácia plena do dispositivo em tela à integração legislativa se não houvesse condições materiais para a sua aplicação integral, de imediato, ou se houvesse razões de natureza técnica que demandassem um desdobramento do preceito no plano infraconstitucional.

Explica o autor que nenhuma das duas situações existia àquela época para explicar a necessidade da atuação do legislador. Em primeiro lugar, porque o Supremo Tribunal Federal está suficientemente aparelhado, em termos materiais, para se desincumbir do encargo; não se podendo, inclusive, alegar que isso agravaria a situação da entidade em termos de quantidade de processos, pois, se assim o fosse, ou o instituto não seria previsto no texto da Constituição de 1988 ou teria sido projetada acompanhada de uma ampliação concomitante do número de

---

<sup>335</sup> AgReg 145.860-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/02/03, “A previsão do parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal tem eficácia jungida à lei regulamentadora. A par deste aspecto, por si só suficiente a obstaculizar a respectiva observância, não se pode potencializar a argüição a ponto de colocar-se em plano secundário as regras alusivas ao próprio extraordinário, ou seja, o preceito não consubstancia forma de suprir-se deficiência do quadro indispensável à conclusão sobre a pertinência do extraordinário”.

<sup>336</sup> A fim de dirimir dúvidas, veja-se o AgRegPet 1.140-7, rel. Min. Sydney Sanches, j. 02/05/1996, “[...] 1. O § 1º do art. 102 da CF de 1988 é bastante claro ao dispor: ‘a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo STF, na forma da lei’. 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, *caput*). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento desta espécie de ação, com base no art. 5º, LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, *sub judice*, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da LICC, segundo o qual ‘quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2ª parte da art. 126 do CPC, ao determinar ao juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide *inter partes*. Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito’ [...]”.

<sup>337</sup> RAMOS, 2011, p. 111-112.

Ministros do STF, o que não ocorreu.

Em segundo, não havia razões técnicas que impedissem, desde logo, um esboço mais apurado do novel instituto, de modo a viabilizar a clara compreensão de seus objetivos e possibilidades.

De qualquer forma, foi necessária a publicação da Lei nº 9.882, no dia 03 de dezembro de 1999, para que o instituto em tela passasse a ser efetivamente utilizado na seara do Pretório Excelso.

É importante registrar que a espera da publicação desta lei era ansiosamente aguardada pela doutrina, pois a sua grande maioria esperava que o novel instituto ampliasse o campo de abordagem do controle de constitucionalidade brasileiro, servindo de uma tutela supletiva ao seu legitimado. Desta forma, esperava-se que a referida tutela constitucional fosse cabível no caso de inexistência de mecanismo adequado para o caso concreto ou na hipótese de insuficiência de outro meio recursal<sup>338</sup>. Para o ilustre José Afonso da Silva, o campo de incidência do instituto seria ainda mais amplo:

A lei prevista bem poderia vir a ter a importância da lei de 17.04.1951 da República Federal da Alemanha, que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*, que se tem traduzido ao pé da letra por agravo constitucional ou recurso constitucional, mas que, em verdade, é mais do que isso, conforme se vê da definição que lhe dá Cappelletti: o 'recurso constitucional consiste num meio de queixa constitucional perante o Tribunal Constitucional federal (com sede em Karlsruhe), a ser exercitado por particulares objetivando a tutela de seus direitos fundamentais, assim como de outras situações subjetivas constitucionais lesadas por um ato de qualquer autoridade pública'. Em alguns casos ele serve para impugnar decisões judiciais, e, aí, sua natureza de meio de impugnação, de recurso é patente. Em outros, contudo, é meio de invocar a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. Parte de seus objetivos são (sic) cobertos pelo nosso mandado de segurança. Mas ele tem objetivos mais amplos do que este e não está delimitado à defesa de direito líquido e certo, pessoal. O *Verfassungsbeschwerde* é originário da Baviera, cuja regulamentação legal prevê o cabimento de *Popularklage*, isto é, a atribuição do direito de ação a *quisquis de populo* (ação popular), declarando que a inconstitucionalidade por ilegítima restrição de um direito fundamental pode ser feita valer por qualquer pessoa, mediante 'recurso' junto da Corte Constitucional. O texto, em exame, permite-nos avançar na mesma direção e será um instrumento de fortalecimento da missão que a Constituição reservou ao STF.<sup>339</sup>

Com a mesma esperança que José Afonso da Silva, e a fim de explicar o instituto do recurso constitucional alemão, destaca Walter Claudius Rothenburg<sup>340</sup>:

<sup>338</sup> Neste sentido, dentro outros, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins e Clèmerson Merlin Clève.

<sup>339</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 530-531.

<sup>340</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 201.

Com efeito, o modelo alemão da *Verfassungsbeschwerde* define-se como ‘o pedido de uma pessoa, natural ou jurídica, relativo a uma violação sustentada de um direito constitucional promovente por um titular do poder público, a um tribunal constitucional para ser decidido’ (Lange, referido por Luís Afonso Heck). Ou seja: teríamos no Brasil uma medida de natureza jurisdicional para a tutela de direitos fundamentais ou outros equiparados (de onde a restrição do seu objeto) em concreto (de onde a caracterização como controle concreto de constitucionalidade), porém decidida pela Corte Constitucional (de onde a concentração da jurisdição constitucional); e uma ação popular, no sentido de que poderia ser proposta por qualquer pessoa interessada.

Apesar de nos determos quanto a legitimidade posteriormente, pode-se antecipar que o legislador brasileiro, diferentemente do alemão, perdeu a grande oportunidade de ampliar o rol de legitimados para o controle de constitucionalidade, permitindo inclusive ao cidadão a propositura de um controle de constitucionalidade acerca de fatos concretos realizado pelo Pretório Excelso.

Contudo, existem outras características<sup>341</sup>, além da impossibilidade de qualquer indivíduo que teve seu direito lesionado ajuizar a ADPF, que distinguem nitidamente a ADPF da *Verfassungsbeschwerde*: a) a *Verfassungsbeschwerde* refere-se à violação, genericamente, dos direitos fundamentais, sem precisá-los, enquanto a argüição de descumprimento do direito brasileiro absorve a lesão aos preceitos constitucionais fundamentais – sejam direito fundamentais, sejam outros preceitos; b) os atos passíveis de impugnação pela ação direta de inconstitucionalidade, no direito brasileiro, devem ser excluídos da argüição, em virtude do princípio da subsidiariedade; c) o prazo para a propositura dos institutos, existente no direito alemão e ausente no direito brasileiro.

Por outro lado, é inegável que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui várias características influenciada justamente pelo *Verfassungsbeschwerde* alemão, quais sejam: a) a apreciação originária do instituto pelo tribunal guardião da Constituição; b) a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade sobre ato do Poder Público, seja comissivo ou omissivo; c) a possibilidade de exercício do controle sobre atos pré-constitucionais; d) o princípio da subsidiariedade; e) a preocupação com um controle objetivo de constitucionalidade, em defesa da própria Constituição.

Existem, ainda, outros dois instrumentos em legislação alienígena que podem ser assemelhados à ADPF: a *Beshwerde* do direito austríaco e o recurso de amparo do direito espanhol.

De acordo com Roberto Mendes Mandelli Junior<sup>342</sup>, a *Beshwerde* do direito austríaco

---

<sup>341</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-80.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 79-86.

permite que por meio de um incidente de inconstitucionalidade seja suspenso um processo ou na primeira instância ou no tribunal, submetendo-se a questão constitucional à decisão do Tribunal Constitucional. Fica a cargo do Tribunal resolver a questão que envolve a constitucionalidade da norma impugnada, devendo, em seguida, devolver a cognição da matéria ao tribunal competente para proceder ao julgamento, o qual estará delimitado pela questão constitucional já resolvida. Esclarece o autor que, assim como o *Verfassungsbeschwerde* alemão, as semelhanças e diferenças do instituto com a ADPF brasileira são as mesmas.

Quanto ao recurso de amparo do direito espanhol, elucida Mandelli Junior que o instituto recebe um procedimento especial e representa um processo substantivo e independente, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades públicas reconhecidas pela Constituição, além de servir como meio de defesa do conteúdo essencial da Constituição espanhola. Enaltece o autor que os princípios regentes da política social e econômica gozam da mesma intensidade de proteção que os direitos fundamentais. Contudo, o recurso de amparo também possui uma limitação idêntica à ADPF brasileira: só pode ser utilizada quando não há outro meio específico para fazê-lo. Vale destacar que a maior diferença entre o instituto brasileiro e o espanhol é justamente quanto a legitimidade para a propositura do instituto, já que no direito espanhol qualquer cidadão tem a possibilidade de o propor.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental também teve como inspiração o *writ of certiorari* do direito estadunidense. Este consiste num pedido formulado à Suprema Corte por quaisquer das partes de um processo em curso perante outras instâncias judiciais, a fim de que a Corte dirima determinada questão já decidida, ou ainda pendente de decisão, quando existam importantes e especiais razões para isso<sup>343</sup>.

Feita essa pequena digressão, analisar-se-á os aspectos procedimentais da argüição de descumprimento e suas características.

#### 6.6.3.1 Aspectos essenciais da Lei nº 9.882/99

Infere-se da Lei nº 9.882/99 a existência de duas modalidades de argüição de descumprimento de preceito fundamental: uma ação autônoma (argüição autônoma), tendo o objetivo de “evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 1º, *caput*, da Lei em questão); e uma ação incidental (argüição incidental), sendo

<sup>343</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 580.

cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, § único, da Lei nº 9.882/99).

Uadi Lammêgo Bulos<sup>344</sup> salienta que a argüição de descumprimento de preceito fundamental possui natureza jurídica híbrida, pois, embora participe do controle concentrado, o debate constitucional que suscita busca desatar uma questão prejudicial, ocorrida ao longo da demanda, em sede de controle difuso.

Acerca dessas duas modalidades de argüições de descumprimento, Daniel Sarmento<sup>345</sup> explica que a argüição autônoma constitui justamente uma hipótese de processo objetivo, vocacionado ao controle abstrato de constitucionalidade, assim como ocorre com a ADIn, com a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Levando-se em conta o preceito do art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, a argüição autônoma só será cabível quando as demais ações constitucionais não forem cabíveis ou se não se revelaram idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental.

Por outro lado, explica que a existência da argüição incidental infere-se da leitura de diversos dispositivos espalhados assistematicamente pelo corpo da Lei nº 9.882/99, como o art. 5º, § 3º e o art. 6º, § 1º. Representa a argüição incidental, portanto, um mecanismo destinado a provocar a apreciação do Supremo Tribunal Federal sobre a controvérsia relevante que esteja sendo discutida em processo submetido a qualquer juízo ou tribunal, quando inexistir outro meio idôneo para sanar a lesividade ao preceito fundamental.

Muitos acharam que a argüição incidental poderia tomar a feição da antiga Avocatória, no qual o Supremo chamava para si a questão e julgava o caso concreto. Mas a argüição incidental é diferente, pois quando o Supremo conhece a argüição significa que ele apenas julgará a *questão constitucional*, sem decidir, contudo, o caso concreto. Ademais, na argüição incidental, a decisão do Supremo vinculará não apenas o caso concreto que lhe foi apresentado, mas todos os outros em que a mesma questão estiver sendo discutida, à luz do disposto no art. 10, *caput* e o seu § 3º.

Percebe-se desta maneira, que apesar de terem o mesmo objetivo, as argüições autônomas e incidentais possuem diferenças marcantes, como bem leciona Frederico Barbosa Gomes<sup>346</sup>:

---

<sup>344</sup> BULOS, 2010, p. 319.

<sup>345</sup> SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 87.

<sup>346</sup> GOMES, 2008, p. 356.

A primeira delas diz respeito ao seu cabimento. Enquanto que a ADPF autônoma é interposta da mesma forma que as demais ações do controle concentrado brasileiro, a incidental inova, na medida em que depende de prévia existência de uma demanda, em que haja uma relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

E aqui surge uma segunda diferença: parte da doutrina entende que a ADPF autônoma teria um campo de atuação maior que o da incidental, na medida em que enquanto aquela teria por objeto atos do Poder Público, o que incluiria tanto atos normativos (sejam eles primários ou secundários), quanto atos não normativos, esta apenas seria cabível em face de atos normativos, o que representaria uma considerável diminuição do seu espectro.

A maior diferença, portanto, das duas modalidades de ADPF é justamente a existência ou não de uma controvérsia já em curso em qualquer juízo ou tribunal. Assim como a ação genérica de inconstitucionalidade, a ADPF autônoma não depende de qualquer controvérsia já em curso para ser ajuizada; diferentemente, a arguição incidental depende da controvérsia, pois surge no seio de um processo judicial concreto acerca de uma controvérsia constitucional relevante.

Dirley da Cunha Júnior<sup>347</sup> explica que o principal objetivo da arguição incidental é possibilitar uma decisão antecipada do Supremo Tribunal Federal sobre as questões constitucionais relevantes discutidas em processos concretos, que só chegariam ao seu conhecimento muito tempo depois, através do recurso extraordinário. Como os preceitos fundamentais são as questões mais importantes em uma Constituição, não seria razoável esperar tanto tempo para que o Supremo decida sobre elas.

Quanto à redução do campo de atuação da arguição incidental, infere-se tal entendimento do art. 1º, *in fine*, da Lei nº. 9.882/99, o qual afirma que a arguição incidental só será cabível quando houver relevante controvérsia instaurada e que ela verse “sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. Todavia, há quem entenda que não deve ser essa a interpretação deste dispositivo, pois não haveria motivos para que haja distinção no campo de atuação nas duas modalidades da ADPF. Retornaremos a essa discussão no momento adequado.

Para entendermos a especificidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental em suas várias facetas iremos enfrentá-las individualmente para que fique mais acessível as suas características, mas, antes, veremos quais são os pressupostos para a propositura da arguição de descumprimento.

#### 6.6.3.2 Pressupostos da Arguição de Descumprimento

<sup>347</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 593.



#### 6.6.3.2.1 Entendendo o “Descumprimento” e o “Preceito Fundamental”

Os pressupostos da argüição são os requisitos mínimos e necessários elencados tanto na Constituição quanto na lei específica para a propositura da referida ação constitucional. Na ausência de um desses pressupostos, a ação não será conhecida pelo Supremo.

Os principais pressupostos vêm elencados no próprio art. 102, § 1º, da CF/88: “A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da lei”. Ou seja, constam como pressupostos a existência de um “descumprimento” e que tal descumprimento sejam referente a um “preceito fundamental”.

A própria semântica do termo “descumprimento” permite-nos entender o seu significado: deixar de cumprir, deixar de realizar um mandamento constitucional previamente estipulado.

Para esclarecer o campo de atuação do termo, Dirley da Cunha Júnior<sup>348</sup> lembra que os termos “descumprimento” e “inconstitucionalidade” são coisas distintas. A inconstitucionalidade (própria das ações diretas no controle de constitucionalidade), explica o autor, consiste na desconformidade dos atos ou omissões do poder público com a Constituição, limitando-se a inconstitucionalidade no controle concentrado à lei e aos atos normativos. Diferentemente é o sentido de “descumprimento”, haja vista este ter um conceito mais amplo, pois este pode resultar tanto da elaboração de uma lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como, p. ex., os regulamentos), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas.

A diferença no campo de atuação das ações diretas de inconstitucionalidade (v. g., a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão e ação declaratória de constitucionalidade) da argüição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, é que esta não está restrita à lei e aos atos normativos, uma vez que nem a Constituição nem a Lei nº 9.882/99 previram tal limite, estipulando apenas que tais atos devem estar restritos aos atos do poder

---

<sup>348</sup> Acrescenta, ainda, que “[...] relativamente à “inconstitucionalidade”, no controle concentrado, a Constituição referiu-se expressamente à lei e aos atos normativos únicos atos suscetíveis de nela incidir, o que não se verificou em relação ao ‘descumprimento’, posto que, quanto a este, a Constituição somente limitou o parâmetro de controle (que há de ser exclusivamente preceito fundamental dela decorrente), mas não o objeto de controle, circunstância que permite a interpretação acima, de modo a aceitar-se que o descumprimento se dê por lei, por ato normativo ou não normativo, sejam públicos ou privados” (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 590-591).

público<sup>349</sup>.

Mas não basta um *descumprimento* genérico para que a referida tutela constitucional seja cabível, mister que o descumprimento seja em relação a um “preceito fundamental”.

A Constituição Federal de 1988 elenca diversos preceitos no decorrer do seu texto, mas não é qualquer preceito que é alvo da argüição de descumprimento, mas sim as que se referem a preceitos constitucionais *fundamentais*.

Antes de enfrentar o que venha ser um “preceito fundamental”, devemos entender primeiro o que significa o termo “preceito”, haja vista esta expressão aparecer apenas uma vez em toda a Constituição, justamente no dispositivo que trata da argüição de descumprimento.

Fica a cargo da doutrina e da jurisprudência o encargo de designar o que significa a expressão “preceitos fundamentais”, bem como o simples termo “preceito”. Desta forma, entende a doutrina e a jurisprudência que *preceito* é um termo genérico utilizado tanto para designar princípios quanto regras, já que o próprio constituinte não fez restrição a um deles. Se o constituinte tivesse o objetivo de, através da argüição por descumprimento, defender apenas ou as regras ou os princípios, o constituinte teria feito esta reserva. Pondera no mesmo sentido André Ramos Tavares<sup>350</sup>:

Se a Constituição pretende exatamente manter o respeito a sua hierarquia e rigidez por meio da criação de mecanismos como este da argüição por descumprimento, seria imperfeito pretender que se criaria tal mecanismo específico para a defesa de apenas um dos segmentos apontados (ou só regras ou só princípios), quando a própria expressão utilizada comporta o conjunto de ambos os segmentos: *in toto et pars continentur*.

Em suma, podemos afirmar que todo preceito é toda norma constitucional abrangente de princípios e regras. De tal modo, preceito fundamental será todo princípio (explícito ou implícito) ou regra *fundamental* para a Constituição; todo princípio e regra que sirvam como fundamento para a existência da Constituição e do Estado brasileiro. Não há problema em se afirmar, portanto, que os preceitos fundamentais constituem os princípios e regras mais importantes da Constituição.

Sendo assim, pode surgir uma indagação: como em um sistema em que se garante a

---

<sup>349</sup> Vale registrar que o professor Roberto Mendes Mandelli Junior possui entendimento diferente. Para ele, o termo “inconstitucionalidade” é que tem maior abrangência do que o termo “descumprimento”, estando esta abarcada por aquela. Elucida, *in verbis*: “Inconstitucionalidade, portanto, designa uma incompatibilidade com a Constituição, comportando variações como o descumprimento (art. 102, § 1º), a contrariedade (art. 102, III, *a*) e a própria inconstitucionalidade (art. 97; art. 102, I, *a*; art. 125, § 2º). Mas todos esses termos utilizados pelo constituinte apresentam, em comum, um conceito jurídico negativo, ou seja, apontam para uma inadequação de um objeto impugnado com um preceito constitucional, que goza de supremacia no ordenamento jurídica” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 108-109).

<sup>350</sup> TAVARES, 2001, p. 51.

inexistência de hierarquia entre as suas normas pode-se afirmar que há normas mais importantes/fundamentais do que outras? Em verdade, não há hierarquia entre os preceitos constitucionais, o que não significa a inexistência de hierarquia *axiológica* entre eles. Desta forma, “[...] impõe-se reconhecer a existência de preceitos normativos da Constituição que, em razão dos valores superiores que consagram, são mais fundamentais que outros”<sup>351</sup>. O que levou o constituinte a criar um mecanismo de defesa especial para esses preceitos singulares da Constituição.

Dirley da Cunha Júnior, então, conceitua preceito fundamental como sendo “toda norma constitucional que sirva de fundamento básico para a conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado, sendo o núcleo central, a alma, o espírito da Constituição”<sup>352</sup>.

Vale salientar que os preceitos fundamentais, para a propositura da arguição de descumprimento, devem se referir a preceitos *constitucionais* fundamentais, não se levando em consideração, portanto, preceitos fundamentais em normas infraconstitucionais. Em outras palavras, preceito fundamental “não seria qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência da Constituição, isto é, opções políticas fundamentais adotadas pelo constituinte”<sup>353</sup>.

Sabidamente o constituinte não elencou um rol taxativo dos preceitos constitucionais fundamentais, muito menos o legislador infraconstitucional com a Lei nº 9.882/99, ficando tal dever, mais uma vez, a cargo da doutrina e da jurisprudência. Luis Roberto Barroso, acerca do tema, destaca o que se deve entender por preceito fundamental:

Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estará os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais do Título I da Constituição (arts. 1º ao 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nesse categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (art. 5º e s.). Aqui se trará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais ditos *sensíveis* (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal.<sup>354</sup>

Dirley da Cunha Júnior acrescenta àquelas as normas de organização política do Es-

<sup>351</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 586.

<sup>352</sup> Ibid., p. 587.

<sup>353</sup> MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 115.

<sup>354</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

tado (título III) e de organização dos próprios Poderes (título IV), porquanto constituem o ponto nuclear do sistema federativo brasileiro e do equilíbrio entre os Poderes do Estado<sup>355</sup>.

Poder-se-ia indagar que praticamente toda norma constitucional pode ser reconduzida a tais preceitos fundamentais, o que tornaria inviabilizado a especificidade da arguição de descumprimento, porquanto qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão permitiria o ajuizamento da ADPF.

Para que isso não ocorra, Barroso<sup>356</sup> elenca alguns parâmetros que sirvam de reconhecimento para a possibilidade de sua utilização. Deste modo, para ele, a questão constitucional discutida, para o cabimento da ADPF: a) deve interferir com a necessidade de fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental; b) não pode depender de definição prévia de fatos controvertidos; e c) deve ser insuscetível de resolução a partir da interpretação do sistema infraconstitucional.

Quanto ao primeiro parâmetro, destaca o professor que não basta a alegação de não observância de um preceito fundamental constitucional (já que toda lesão pode ser reconduzida de forma indireta às normas constitucionais), sendo imprescindível que a suposta ameaça ou lesão seja real e direta, envolvendo a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental, não bastando a mera invocação de uma violação reflexa.

O segundo parâmetro nos parece óbvio. Como é sabido, não é função própria do STF a análise da situação fática de uma relação processual. A análise dos fatos e das provas é da competência dos processos subjetivos, os quais estão circunscritos às instâncias ordinárias da jurisdição. Fica a cabo do STF apenas a definição do sentido e do alcance das normas constitucionais. Desta forma, se para a comprovação de determinada violação a preceito fundamental for necessária uma dilação probatória aprofundada, incabível será a ADPF. Eventualmente, porém, o STF poderá solicitar informações ou requisitar perícias, o que é possível mesmo na Lei nº 9.882/99 e na Lei nº 9.868/93, mas não é essa a regra<sup>357</sup>.

O raciocínio quanto ao terceiro é um pouco mais complexo, pois está atrelado ao objetivo da interpretação jurídica. Lembra Barroso que no momento de interpretar uma disposição infraconstitucional o intérprete deverá passar por três etapas: verificar a compatibilidade da norma a aplicar com o sistema constitucional em vigor; verificada a compatibilidade, in-

---

<sup>355</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 590.

<sup>356</sup> BARROSO, 2009c, p. 280-285.

<sup>357</sup> “Em suma: a solução de controvérsias de fato deve ser alcançada no âmbito de um processo subjetivo. Quanto à tese jurídico-constitucional, ela poderá vir a ser apreciada pelo STF no âmbito de um recurso extraordinário. A rigor, nem mesmo no curso de um recurso extraordinário a revisão de fatos ou provas é admitida, tendo em conta o papel institucional do STF como guardião da Constituição. Ou seja: se não cabe ao STF presidir fase instrutória para resolução de casos controvertidos, não seria pertinente utilizar a ADPF se, para concluir uma conclusão acerca da violação de preceito fundamental, fosse necessária dilação probatória” (BARROSO, 2009c, p. 282).

interpretar o dispositivo com o próprio sistema infraconstitucional; e definir e valorar os fatos apresentados. De acordo com tal entendimento, só será cabível a ADPF, no tocante a interpretação jurídica, quando for verificada a incompatibilidade vertical entre o dispositivo infraconstitucional e a Constituição federal. Ou seja, se a lesão ou ameaça de lesão estiver inserida na segunda ou terceira fase, em outras palavras, se a lesão ou ameaça puder ser solucionada através da própria interpretação infraconstitucional ou por sua aplicação aos fatos concretos, incabível será a propositura da ADPF.

É importante registrar que os direitos fundamentais, como visto, também figuram como parâmetro para a propositura da ADPF. Tal instrumento é mais um mecanismo de defesa não apenas da Constituição, mas dos cidadãos, pois permite a preservação dos direitos fundamentais e a defesa dos abusos e arbitrariedade do poder público, como a que ocorre com a omissão inconstitucional (v. *infra*).

#### 6.6.3.2.2 O requisito da subsidiariedade

O dispositivo que consagra o princípio da subsidiariedade na arguição de descumprimento está previsto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, assim dispondo: “não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Como visto acima, da abordagem da ADPF com os instrumentos alienígenas, o pressuposto da subsidiariedade na arguição de descumprimento é proveniente da influência do recurso constitucional alemão e do recurso de amparo espanhol. Assim como estes, a ADPF, de acordo com sua lei específica, só será cabível quando não existir outro instrumento concreto capaz de solucionar a questão constitucional de forma eficaz<sup>358</sup>.

Foi justamente essa a orientação que seguiu o Supremo na decisão da ADPF nº 03, tendo como relator o Ministro Sydney Sanches. Neste caso, pretendia-se discutir ato do Tribunal de Justiça que deferira reclamação em mandado de segurança para determinar o pagamento de gratificações sem a observância do preceito constitucional presente no art. 37, XIV, da Constituição Federal, o qual proíbe a concessão “em cascata”. Levado o caso ao plenário,

---

<sup>358</sup> Sobre o tema, exemplifica Daniel Sarmento: “Assim, por exemplo, não cabe a ADPF para a retirada do mundo jurídico de lei ou ato normativo estadual, posterior à Constituição, pois para isso já existe a Adin. Do mesmo modo, a ADPF será inadmissível para a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal superveniente à ordem constitucional, pois para tal finalidade é possível o uso da Adcon” (SARMENTO, 2001, p. 103).

por meio de questão de ordem, decidiu-se pelo não cabimento da ADPF nesta hipótese, sob a alegação de existir outro meio eficaz para sanar a lesividade<sup>359</sup>.

Contudo, entendemos não ser esse o objetivo da Constituição. Se o constituinte conferiu à ADPF o dever de sanar a lesividade aos preceitos mais caros à Constituição – os preceitos constitucionais fundamentais –, seria desarrazoado a sua inaplicabilidade simplesmente pela existência de outro meio idôneo para fazê-lo. Ao contrário, entendemos que, se a matéria é tão importante, melhor que exista mais de um meio capaz de preservá-lo. No mesmo sentido, critica Dirley da Cunha Júnior tal posicionamento jurisprudencial:

[...] a argüição de descumprimento de preceito fundamental jamais foi relegada, pelo constituinte de 1988, a uma indigna e humilhante posição de ação secundária ou re-

---

<sup>359</sup> Em virtude de sua relevância e de servir como um breve resumo para o estudo aqui pretendido, veja-se a decisão da referida ADPF: “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1º E SEQUENTES DA LEI Nº 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999). VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS E PROVENTOS DE INATIVOS. GRATIFICAÇÕES. VANTAGENS. CÁLCULO DE ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS. TETO DE VENCIMENTOS E PROVENTOS. IMPUGNAÇÕES DE DECISÕES MONOCRÁTICAS E COLEGIADAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, PROFERIDAS EM RECLAMAÇÕES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 37, ‘CAPUT’ E INCISO XIV, 100, § 2º, DA C.F. DE 1988, BEM COMO AO ART. 29 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. 1. A Constituição Federal de 5.10.1988, no parágrafo único do art. 102, estabeleceu: a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. Esse texto foi reproduzido como § 1º do mesmo artigo, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993. 2. A Lei nº 9.882, de 03.12.1999, cumprindo a norma constitucional, dispôs sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. No art. 1º estatuiu: ‘Art. 1º - A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.’ Trata-se, nesse caso, de Argüição autônoma, com caráter de verdadeira Ação, na qual se pode impugnar ato de qualquer dos Poderes Públicos, no âmbito federal, estadual ou municipal, desde que para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição. 3. Outra hipótese é regulada no parágrafo único do mesmo art. 1º da Lei nº 9.882/99, ‘in verbis’: ‘Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.’ 4. Cuida-se aí, não de uma Ação autônoma, qual a prevista no ‘caput’ do art. 1º da Lei, mas de uma Ação incidental, que pressupõe a existência de controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. 5. O caso presente não é de Argüição Incidental, correspondente a um incidente de constitucionalidade, pois não se alega na inicial a existência de qualquer controvérsia entre as decisões focalizadas, pois todas elas foram no mesmo sentido, deferindo medidas liminares em Reclamações, para os efeitos nelas mencionados. 6. Cogita-se, isto sim, de Argüição autônoma prevista no ‘caput’ do art. 1º da Lei. 7. Dispõe, contudo, o § 1º do art. 4º do diploma em questão: ‘§ 1º - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade’. 8. E ainda há meios judiciais eficazes para se sanar a alegada lesividade das decisões impugnadas. 9. Se, na Corte estadual, não conseguir o Estado do Ceará obter medidas eficazes para tal fim, poderá, em tese, renovar a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 10. Também assiste ao Governador, em tese, a possibilidade de promover, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 108, VII, “i”, da Constituição do Estado, bem como do art. 21, VI, “j”, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, que instituíram a Reclamação destinada à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. É que, segundo entendimento desta Corte, não compete aos Tribunais legislar sobre Direito processual, senão quando expressamente autorizados pela Constituição (RTJs 112/504, 117/921, 119/1145). Assim, também, os Estados, mesmo em suas Constituições. 11. E as decisões atacadas foram proferidas em processos de Reclamação. 12. Questão de Ordem que o Supremo Tribunal Federal resolve não conhecendo da presente Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ficando, em consequência, prejudicado o pedido de medida liminar” (STF, ADPF nº 3 QO, Relator: Min. Sydney Sanches, j. em 18/05/2000).

sidual. A Constituição em hipótese alguma autoriza essa interpretação, sobretudo quando temos consciência de que a argüição foi originada da mesma fonte – poder constituinte originário – da qual resultou a ação direta de inconstitucionalidade, e nem por isso se onerou esta última da pecha de ação subsidiária. Por que então esse tratamento com a argüição? E por que não também com a ação declaratória de constitucionalidade, que foi originada, inclusive, a partir de mera reforma constitucional? Não há, assim, argumento jurídico que sustente, validamente, à luz do texto constitucional, a prevalência de um instituto sobre o outro.<sup>360</sup>

Ademais, não concordamos com a restrição feita pelo legislador ordinário em prever o cabimento da ADPF apenas quando não “houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”, pois tal restrição não havia sido feita pelo constituinte originário.

A interpretação literal do dispositivo, portanto, a nosso ver, não condiz com a vontade constitucional, pois mesmo com a existência de outras ações constitucionais possíveis (v. g., ação popular, ação civil pública, mandado de segurança), a ADPF autônoma sempre será cabível quando se verificar a violação de preceito fundamental por ato do poder público<sup>361</sup>. Diverso do nosso entendimento foi o julgado de 28/09/2001, no qual o Ministro Celso Melo, na ADPF nº 17, afirmou que a possibilidade do ajuizamento da ação popular no caso em questão seria uma maneira real e efetiva de sanar a lesividade denunciada no processo, não sendo cabível, assim, a argüição de descumprimento<sup>362</sup>.

Há também casos em que o objeto em questão permita o ajuizamento de duas ações de controle de constitucionalidade distintas. Isso poderá ocorrer, por exemplo, quando o objeto da ação for passível tanto da ação direta de inconstitucionalidade (seja por ação ou por omissão) quanto da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Nesta hipótese, entendemos que “haverá *preferência* para a argüição, em função da maior importância da norma

<sup>360</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 638.

<sup>361</sup> Acerca do tema, destaca Luís Roberto Barroso: “Não é incomum no direito brasileiro a disciplina infraconstitucional de direitos e garantias constitucionais, à vista de outras situações subjetivas igualmente protegidas e do interesse público de maneira geral. Mais que isso, a legislação ordinária provê amplamente acerca de outras ações de base constitucional, dentre as quais o mandado de segurança, a ação popular e a ação civil pública, contendo regras sobre cabimento, decadência do direito, direito de propositura, objeto, efeitos da decisão, dentre outros aspectos que não são estritamente processuais. *É claro que a subsidiariedade será ilegítima se for tomada em sentido literal radical, tornando imprestável a argüição.* Trata-se, portanto, de questão de razoabilidade da interpretação e não de invalidade da norma” (grifo nosso) (BARROSO, 2009c, p. 274).

<sup>362</sup> *In literis*, o julgado da Min. Celso Melo na ADPF nº 17: “É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode – e não deve – ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. [...] Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo. Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da ação popular, cuja eficácia neutralizadora do estado de lesividade justifica a sua imediata utilização [...]”. (STF, ADPF nº 17/Amapá. Rel. Min. Celso Melo. j. 28.09.01)

constitucional violada (preceito fundamental) e da relevância que venha a ser reconhecida no caso à questão constitucional”<sup>363</sup>.

Contudo, não é esse o posicionamento atual do STF. O Ministro Gilmar Mendes, ilustrativamente, na ADPF nº 33 ressaltou que:

[...] tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata –, há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. [...] Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento.<sup>364</sup>

Deste posicionamento do Ministro, podemos extrair duas situações relevantes: 1 – uma ação constitucional que não tenha o condão de controle objetivo de constitucionalidade (v. g., ação popular e ação civil pública) não servirá de parâmetro de subsidiariedade da ADPF<sup>365</sup>; ou seja, sendo possível tanto a propositura da ação popular quando da ADPF, esta será cabível; 2 – a ADPF só será cabível quando nenhuma outra ação direta de constitucionalidade for possível no caso concreto.

Como afirmado acima, não concordamos com esta última situação. E mesmo o STF não é pacífico quanto ao tema. É o que se depreende da ADPF nº 04, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista em relação ao salário mínimo, cujo valor, alegava o PDT, seria inferior ao devido. Na discussão do caso, houve suspensão da sessão em virtude da indecisão se caberia ou não no caso o princípio da subsidiariedade. De um lado, alguns Ministros entendiam pelo não cabimento da argüição, sob fundamento da existência de outro meio eficaz para sanar a lesividade, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, enquanto outros entendiam pelo cabimento da ADPF por entenderem que tal medida judicial não seria eficaz para sanar a lesividade. O Ministro Néri da Silveira colocou fim à questão, decidindo pelo conhecimento da argüição por entender que, apesar da existência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, este mecanismo não seria instrumento *eficaz* para sanar a

<sup>363</sup> ROTHENBURG, 2005, p. 225.

<sup>364</sup> STF, ADPF nº 33/Pará. Rel. Min. Gilmar Mendes. j. 29.10.03.

<sup>365</sup> Não concordamos, neste ponto, com Luís Roberto Barroso. Para o professor, a possibilidade de ajuizamento de uma ação subjetiva inviabiliza a propositura da ADPF. *In literis*: “O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade [...] é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF. Não se trata, porém, de elemento suficiente. Além da presença dos demais requisitos acima, é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios, justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF” (BARROSO, 2009c, p. 289).



lesividade. Mas voltaremos ao assunto em momento oportuno.

Perceba-se que até este momento enfrentamos apenas a idéia de subsidiariedade nas arguições autônomas. Mas como ficaria esse quesito no que se refere à arguição incidental?

Relembrando, a arguição incidental – que será melhor analisada adiante – é uma ação concentrada de controle de constitucionalidade suscitada em razão de um processo subjetivo, deflagrado no curso de um litígio.

Aqui é inegável a necessidade da subsidiariedade, sendo possível tal mecanismo apenas quando não existir outro meio capaz de solucionar, de forma eficaz, o caso concreto. Vale frisar que, de acordo com Daniel Sarmiento, não basta a simples existência de qualquer recurso contra a decisão judicial questionada para afastar a ADPF – pois, se assim o fosse, a arguição incidental seria reduzida a quase nada, haja vista ser praticamente impossível que não exista, em um caso concreto, algum remédio apto a tutelar o direito das partes revestido de dimensão constitucional – mister que esse mecanismo seja eficaz<sup>366</sup>.

É muito importante a análise da eficácia no que tange ao controle difuso de constitucionalidade. Muitas vezes, o controle difuso, através de um processo subjetivo, “pode tornar-se tão insatisfatório na defesa dos direitos fundamentais que por vezes reclama uma proteção geral e imediata, cuja demora pode gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade desses direitos e garantias fundamentais”.

Dessa forma, percebe-se que, se para a defesa e garantia do direito fundamental o meio processual subjetivo for demorado, a arguição incidental será cabível, pois será a medida mais eficaz para o caso.

Outro motivo para que essa subsidiariedade seja mitigada é que o processo subjetivo, quando da sua decisão, gera efeitos apenas para as partes que litigam no caso concreto, enquanto o processo objetivo proporcionado pela ADPF busca a defesa constitucional, o que permite com que seu desfecho tenha efeito *erga omnes*. O efeito perante todos está atrelado a tutela da ADPF, defender a higidez da ordem jurídica, e não a defesa de interesses das partes do caso concreto.

#### 6.6.3.2.3 Requisito específico da Arguição Incidental: relevância da Controvérsia Constitucional sobre lei ou ato normativo

---

<sup>366</sup> SARMENTO, 2001, p. 103-104.

Além de ser cabível apenas quando a questão versar “sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”, a arguição incidental possui mais um pressuposto: ela apenas será conhecida quando a controvérsia instaurada, por lei ou ato normativo, possuir relevância constitucional<sup>367</sup>.

Primeiramente, Luís Roberto Barroso<sup>368</sup> elucida que será *relevante* aquelas situações que afetem de maneira objetiva a ordem constitucional. *In literis*, explana que:

Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético.

Por outro lado, Frederico Barbosa Gomes<sup>369</sup> destaca que, no Estado Democrático de Direito atual, não se deve entender como “relevante” apenas a maioria da coletividade, colocando de lado a vontade da minoria. Ademais, se assim o fosse, acabar-se-ia criando uma ditadura da maioria ética, fazendo com que um dos elementos mais caros à democracia, o pluralismo, fosse desrespeitado.

De acordo com o visto na teoria habermasiana, Habermas também entenderia desta forma, pois a vontade unicamente da coletividade retiraria o caráter de legitimidade do Direito proposto por ele. Também entendemos que não é mais coadunável com a realidade hodierna do direito entender como relevante apenas aquilo que a maioria diz que é, desprezando e ofendendo a minoria.

Mais uma vez, não pode ser qualquer tipo de “relevância” o requisito para a arguição incidental, mas apenas a relevância que tenha como situação uma *controvérsia constitucional*. Quanto a esta, entende-se como *controvérsia constitucional* “os casos em que estejam em jogo questões relacionadas, por exemplo, ao núcleo dos direitos fundamentais, à estrutura essencial do Estado, e com grande repercussão social”<sup>370</sup>. Em outras palavras, a controvérsia deve preservar os preceitos fundamentais da Constituição.

Vistos, portanto, os pressupostos necessários para o conhecimento da arguição de descumprimento, deve-se agora enfrentar as modalidades da ADPF individualmente para que se tome uma maior compreensão de sua complexidade.

---

<sup>367</sup> “Saliente-se que a idéia de relevância da matéria para o acesso ao Supremo Tribunal Federal não é novidade no ordenamento pátrio. [...] sob a égide da Constituição passada, para que o recurso extraordinário fosse admitido pela Excelsa Corte, era necessário primeiro que se processasse um incidente conhecido por ‘arguição de relevância de questão federal’, através do qual se apuraria se aquele pleito realmente exigia o julgamento pelo Supremo” (GOMES, 2008, p. 365).

<sup>368</sup> BARROSO, 2009c, p. 291.

<sup>369</sup> GOMES, op. cit., p. 368.

<sup>370</sup> BARROSO, 2009c, p. 291.

## 6.6.4 Arguição Autônoma

### 6.6.4.1 Legitimidade ativa e passiva

Prevista no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99, a arguição autônoma é a modalidade em que há um processo objetivo no controle abstrato de constitucionalidade, sendo uma típica ação de controle concentrado de constitucionalidade com o escopo de defender os preceitos fundamentais lesados ou ameaçados por atos do poder público.

Inicialmente, cabe lembrar que na ADPF, em virtude de ser um processo objetivo, não há a idéia de *partes*, pois o interesse da relação processual visa unicamente defender a Constituição. O deferimento ou indeferimento da ação constitucional, portanto, não significa que o autor ganhou ou perdeu a ação, o escopo é que a Constituição seja sempre a beneficiada.

A legitimidade para a propositura da arguição de descumprimento está prevista no art. 2º, inc. I, da Lei nº 9.882/99, o qual prescreve que podem propor a ADPF os mesmos legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade previstos no art. 103 da Constituição Federal: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com representação nacional e a confederação sindical de classe de âmbito nacional.

Aqui se deve fazer uma relevante anotação. A Comissão Celso Bastos (comissão responsável pela elaboração da Lei em destaque) previu no inc. II da Lei nº 9.882/99 a possibilidade de qualquer pessoa lesada ou ameaça de lesão por ato do poder público poder propor a ADPF. Contudo, o Presidente da República da época não entendeu por essa possibilidade, alegando que a possibilidade do cidadão em participar deste processo inviabilizaria a atividade do Pretório Excelso<sup>371</sup>, em virtude da enxurrada de processos que “invadiria” o Supremo.

---

<sup>371</sup> Vejamos o fundamento do referido veto: “A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar a apreciação do Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo

Não concordamos com tal entendimento. O mero fundamento técnico de que tal possibilidade inviabilizaria a atividade do Supremo e de que há o Procurador-Geral da República para fazer às vezes do cidadão não é um argumento compatível com o Estado Democrático de Direito.

Como visto *supra*, Habermas afirma que a legitimidade do direito reside na participação ativa do cidadão em defender e afirmar os seus direitos fundamentais, uma das vertentes dos preceitos fundamentais.

Neste mesmo sentido, Frederico Barbosa Gomes<sup>372</sup> defende que a efetiva participação do cidadão no Estado Democrático de Direito não reside apenas no voto, mas na estruturação de uma esfera pública ativa e organizada, do exercício simultâneo de sua autonomia pública e privada, do respeito tanto ao princípio da soberania popular quanto dos direitos humanos e mesmo do processo judicial, por meio do qual, junto com o juiz, construirão o provimento adequado à solução da contenda, questionando, quando necessário, a legitimidade das normas às quais se submetem, construindo e mantendo, assim, a higidez do ordenamento jurídico ao qual se submetem.

Da mesma forma, o veto presidencial não está de acordo com a nova hermenêutica constitucional defendida por ampla maioria da doutrina com fulcro no pensamento de Peter Häberle. Para este, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, mas também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana<sup>373</sup>.

Ou seja, democracia também significa, para Häberle, a atividade do cidadão junto tanto ao legislador quanto ao julgador, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, haja vista ser justamente o cidadão a pessoa mais autorizada a defender e garantir a realização destes direitos. Pois, nas palavras de Häberle:

---

Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento” (Mensagem nº 1.807, de 03 de dezembro de 1999, referente ao veto presidencial do art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.882/99)

<sup>372</sup> GOMES, 2008, p. 374.

<sup>373</sup> HÄBERLE, 1997, p. 36.

Todo aquele que vive do contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>374</sup>

Desta forma, mais uma vez o legislador perdeu a oportunidade de colocar o ensinamento de Häberle em prática, possibilitando-o que não seja um mero expectador, mas um atuante do seu círculo de vida.

Frederico Barbosa Gomes utiliza como argumento contra o veto presidencial do referido artigo o recurso constitucional alemão. Lembra o autor que o recurso constitucional alemão é responsável pela maioria esmagadora de processos em tramitação perante o Tribunal Constitucional Federal alemão, sendo, além de gratuito, possível a sua propositura por uma ampla gama de legitimados (por pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, e por pessoas jurídicas, independentemente de assistência de advogado), e que mesmo assim não entrou em colapso.

Em suma, infelizmente, o poder público perdeu mais uma oportunidade de modernizar e adequar a ordem constitucional à pós-modernidade, em adequar o sistema constitucional brasileiro às necessidades da realidade brasileira.

O que pode, então, o cidadão fazer quando sofrer ou se sentir ameaçado de lesão a preceito fundamental? O art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 responde a questão, conferindo a possibilidade do cidadão representar ao Procurador-Geral da república o seu pleito<sup>375</sup>.

Ocorre que, se o Procurador-Geral entender por não promover a argüição – ou seja, por entender que não haja a lesão ou ameaça –, o cidadão nada poderá fazer, pois um segundo veto do Presidente da República referia-se ao § 2º do art. 2º da referida Lei, o qual previa a possibilidade de representação do cidadão ao STF, no prazo de cinco dias, no caso de indeferimento do pedido do interessado.

Ressalta Dirley da Cunha Júnior que o Procurador-Geral da República, além de figurar como legitimado ativo na ADPF, também ostenta a condição de *custos constitutionis*, porquanto deve manifestar-se nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do STF, ainda que seja seu proponente, pois são inconfundíveis as posições de

<sup>374</sup> Ibid., p. 15.

<sup>375</sup> Ilustrativamente, a ADPF 11, proposta pelo cidadão Fábio Monteiro de Barros Filho – com a intenção de suspender o bloqueio de seus bens e de suas empresas, a fim de desenvolver suas atividades e de suspender a sentença falimentar da Construtora Ikal Ltda. até o final da ação civil pública, diante da indisponibilidade de seus bens, créditos e valores depositados em conta corrente – teve o seu pleito arquivado por ele não ser titular de legitimidade processual ativa, podendo, no entanto, solicitar ao Procurador-Geral da República a sua propositura, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

autor e de fiscal da ordem jurídica. Em razão disso, apesar da literalidade do art. 7º da Lei nº 9.882/99 estipular que o Procurador-Geral terá vista dos processos nas arguições que não houver formulado, adverte o autor que mesmo nos casos em que ele for o autor deverá se pronunciar, sob pena de visceral inconstitucionalidade<sup>376</sup>.

Contudo, tudo indica que essa situação irá mudar, pois está em tramite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.543/2006 com o único objetivo de alterar a Lei nº 9.882/99 ampliando o rol de legitimados para a propositura da arguição de descumprimento.

Este projeto de lei prevê a inclusão do inc. III e do § 3º ao art. 2º da referida Lei, além da alteração necessária ao § 1º. *In literis*, assim estipula o projeto de lei em análise:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigor acrescido dos seguintes inciso III e § 3º, dando-se nova redação ao § 1º:

Art. 2º [...]

III- qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público.

[...].

§ 1º Na hipótese do inciso III, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

[...]

§ 3º A propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição (NR).

E no mesmo sentido deste trabalho, também defende o Relator deste Projeto, o senhor Deputado José Eduardo Cardozo, que a ampliação do rol de legitimados ao cidadão busca prestigiar a soberania popular e a cidadania, conferindo a participação direta dos cidadãos na defesa de direitos fundamentais. “Volta a ADPF, portanto, a caracterizar-se como uma ação da cidadania, conforme concebida pelo Constituinte Originário, permitindo ao cidadão pleitear diretamente ao Supremo Tribunal Federal o seu direito na hipótese de violação de preceito fundamental”<sup>377</sup>.

Ainda quanto à legitimidade ativa, há outras observações que devem ser feitas. Primeiramente, deve-se anotar que, assim como na ação direta de inconstitucionalidade, podemos classificar os legitimados para a propositura da ADPF em dois grupos: os legitimados universais e os não universais<sup>378</sup>.

<sup>376</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 594-595.

<sup>377</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.543, de 24 de janeiro de 2006**. Disponível em: < [www.direitoprocessual.org.br/dados/File/.../PL%206543%20de%202006.doc](http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/.../PL%206543%20de%202006.doc)>. Acesso em: 02 mar. 2011.

<sup>378</sup> São considerados legitimados universais o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Por outro lado, são considerados legitimados

O critério de diferenciação entre tais legitimados é a possibilidade dos legitimados universais poderem propor a referida tutela referente a qualquer tipo de normas, enquanto os legitimados não universais precisam demonstrar a pertinência temática quanto ao tema para propor a medida. Sendo assim, ilustrativamente, o Governador do Estado da Bahia não poderá propor a medida contra uma determinada norma que diz respeito ao Estado do Rio de Janeiro.

Quanto às confederações sindicais e entidades de classe, a restrição é ainda maior. Exige o STF que as confederações sindicais devem, além de demonstrar o interesse e a pertinência, ter a sua organização formada por pelo menos três federações e que tenha sede na Capital Federal, nos mesmos moldes do art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Não admite o STF como legitimados, contudo, as federações, de âmbito nacional, bem como as centrais sindicais.

As entidades de classe de âmbito nacional também possuem uma diferença peculiar. A entidade, para propor a ADPF, deve representar pelo menos nove unidades da Federação, além de exigir que os associados ou membros sejam pessoas físicas e estejam ligados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional.

No que se refere à legitimidade passiva, serão legitimados as autoridades, órgãos ou entidades responsáveis pela prática do ato questionado ou pela omissão criticada. Contudo, não podemos esquecer que, por ser próprio de um processo objetivo, a argüição não é proposta *contra* alguém, mas sim em face da lei, ato ou omissão do poder público que tenha violado um preceito fundamental<sup>379</sup>.

Quanto à legitimidade cabe uma última análise. Apesar da Lei nº 9.882/99 não prever a atuação do Advogado-Geral da União, a doutrina é silente em afirmar que sua função na ADPF é o mesmo que da ação direta de inconstitucionalidade, atuando, portanto, como curador da presunção de constitucionalidade da questão impugnada.

#### 6.6.4.2 *Competência e procedimento*

Não há muito o que se discutir quanto à competência, pois o próprio art. 102, § 1º da Constituição Federal, *in fine*, revela que a argüição de descumprimento deverá ser apreciada

---

não universais a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>379</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 599.

pelo Supremo Tribunal Federal, único competente para processar e julgar a tutela constitucional.

Concordamos com o ensinamento do professor Dirley da Cunha Júnior quando ele defende, com base no princípio da simetria, a possibilidade das Constituições Estaduais preverem em suas normas o mecanismo da ADPF para a defesa dos preceitos fundamentais de suas Cartas. Ilustra o autor a previsão do instituto nas Cartas Estaduais de Alagoas e do Rio Grande do Sul, tendo como competente para seu processamento e julgamento, obviamente, o Tribunal de Justiça<sup>380</sup>.

Não havendo mais dúvidas quanto aos legitimados para a propositura da ação e quanto a competência para processamento e julgamento, a ADPF já pode ser proposta. A primeira dúvida que surge é quanto ao prazo para processamento desta ação constitucional. Diferentemente das suas inspirações alienígenas<sup>381</sup>, a arguição de descumprimento não possui prazo para o seu ajuizamento.

O art. 3º da Lei em questão define quais são os requisitos indispensáveis à petição inicial. Afirma o dispositivo que a petição inicial deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado e a indicação do ato questionado, bem como a prova da violação desse preceito fundamental e o pedido com suas especificações. O inc. V do referido dispositivo trata das arguições incidentais, no qual deverá conter mais um requisito na inicial: a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

O parágrafo único do art. 3º traz mais um requisito. Afirma o dispositivo que, quando a petição inicial da ADPF for proposta por advogado, a petição inicial deverá conter o instrumento de mandato necessário. Isso ocorre porque nem todos os legitimados no art. 103 da Constituição Federal possui capacidade postulatória para ajuizar a ADPF, obrigando os legitimados nos incs. VIII e IX do art. 103, CF (partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional) a constituir advogado.

Ademais, a petição inicial deverá ser apresentada em duas vias, devendo conter có-

---

<sup>380</sup> Vale ressaltar que a Constituição do Estado da Bahia não prevê o mecanismo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>381</sup> “Na Áustria, o prazo é de seis meses a contar da prática do ato inconstitucional do poder público. Enquanto na Alemanha, o recurso constitucional deve ser interposto, em regra, no prazo de um mês da violação dos direitos fundamentais, salvo na hipótese de dirigir-se contra uma lei ou ato especial do poder público contra o qual não se admita o controle judicial, quando então o prazo será de um ano da entrada em vigor da lei ou da emissão do ato, conforme prevê o art. 93 da Lei do Tribunal Constitucional” (MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei nº 9.882/99: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROTHEMBURG, Walter Claudius, TAVARES, André Ramos (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99 São Paulo: Atlas, 2001. p. 20.)



pias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Proposta a arguição, ela será distribuída a um relator, o qual fará um juízo prévio de admissibilidade, podendo indeferir a petição inicial, liminarmente, quando esta não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar alguns dos requisitos apresentados ou quando ela for inepta. Desta decisão do relator, caberá agravo ao Plenário do Tribunal, que poderá ser interposto no prazo de cinco dias.

Admitida a petição inicial, passa-se a análise do pedido da liminar. A medida liminar só será apreciada se estiver presente na sessão do plenário, pelo menos, dois terços dos Ministros, ou seja, se estiver presente oito Ministros. Cumprido este requisito, o pedido da liminar será deferido por decisão da maioria absoluta de seus membros.

Ressalta o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.882/99 que, no caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Se achar conveniente, poderá o relator ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República no prazo de cinco dias.

Contudo, ressalva Mandelli Júnior que o deferimento da liminar tão só pelo Ministro Relator deve ser medida excepcionalíssima, exigindo, necessariamente, os requisitos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, advindos da não suspensão do ato do poder público<sup>382</sup>.

Concedida a liminar, o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.882/99 verbera sobre os seus efeitos:

A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes de coisa julgada<sup>383</sup>.

Obviamente, a suspensão dos processos em trâmite verifica-se para que não haja posterior confronto entre a decisão tomada no juízo e a posterior manifestação do Supremo, pois pode resultar em decisões díspares. Concordamos neste ponto com Frederico Barbosa Gomes, que combate tal dispositivo. Para ele, e para nós, soluções díspares significam debates diferentes, e o debate é justamente a arma necessária para que se possa chegar a um Estado Democrático de Direito<sup>384</sup>.

Entendemos que, mesmo uma decisão proferida por um juízo ou tribunal possa estar mais perto da realidade constitucional do que a elaborada pelo Supremo, pois a maior parte do

<sup>382</sup> MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 163.

<sup>383</sup> BRASIL, 1999, p. 2.

<sup>384</sup> GOMES, 2008, p.426-430.

povo, intérprete da constituição, não toma parte, infelizmente, das decisões do Supremo. Portanto, pensamos que melhor seria que não houvesse a suspensão, e se caso surgisse soluções diferentes, que o Supremo convocasse uma audiência pública para que todos os interessados pudessem se manifestar quanto a ela. Mais uma vez, esse é o entendimento mais próximo de uma sociedade aberta e de um Estado Democrático de Direito.

Dando continuidade ao procedimento da ADPF, Dirley da Cunha Júnior lembra que a Lei nº 9.882/99 nada disciplinou acerca da intervenção de terceiros e da figura do *amicus curiae* no procedimento da ADPF. Adverte o autor que não se admitirá a intervenção de terceiros no processamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental em decorrência da própria natureza objetiva do instituto. Como nestes processos o que se discute é a defesa da ordem objetiva da Constituição, e não interesses subjetivos, não há fundamento para a intervenção de terceiros interessados, nem de intervenção assistencial<sup>385</sup>.

Quanto a possibilidade do amigo da Corte, observa o autor que deve-se fazer uma aplicação analógica da regra insculpida no § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, segundo a qual o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Essa participação de “amigos” que não faziam parte do processo permite a ampliação da sociedade aberta proposta por Häberle, pois, assim, poderá o cidadão participar ativamente na interpretação e na melhor aplicação que se deva tomar para se dar efetividade às normas constitucionais.

Visto, portanto, o processamento da ADPF, analisar-se-á os objetos passíveis de impugnação por tal mecanismo constitucional.

#### 6.6.4.3 Objeto da Argüição por Descumprimento de Preceito Fundamental

Como visto até agora, é indiscutível que a argüição de descumprimento trouxe grandes inovações, e outras frustrações. Uma dessas frustrações refere-se ao objeto da ADPF. Estipula o art. 1º, *caput* da Lei nº 9.882/99 que cabe à argüição de descumprimento *evitar* ou *reparar* a lesão a preceito fundamental resultante de ato do *poder público*.

E onde reside a dita frustração? Justamente na delimitação de que a (possível) lesão

---

<sup>385</sup> “Todavia, esse entendimento não se justifica em sede de argüição incidental, posto que esta modalidade de argüição tem natureza procedimental subjetiva, porquanto suscitada como um incidente no âmbito de um processo concreto. Por esse raciocínio, presente o interesse subjetivo na solução da controvérsia constitucional, é de se admitir a intervenção de terceiros, inclusive a intervenção assistencial” (CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 602-603).

seja resultante unicamente de ato do poder público, deixando de lado o legislador os atos praticados por particulares. Desta forma, perdeu o legislador uma ótima oportunidade de preservação dos direitos fundamentais na esfera privada<sup>386</sup>.

Dirley da Cunha Júnior ressalva que a expressão “ato do poder público” compreende também os atos de particulares expressos em razão de função pública delegada, que se inserem, sem dúvida, no conceito de atos administrativos de que são exemplos os atos expedidos por empresas concessionárias e permissionárias do serviço público<sup>387</sup>.

Da expressão “ato do poder público” pode-se tirar outras conclusões. Como o legislador não estipulou a *origem* do poder público, entende a doutrina que a ADPF, portanto, será cabível tanto em virtude de ato estadual, federal quanto municipal, além de poder ser proveniente de qualquer esfera de poder, Executivo, Legislativo ou Judiciário. Ademais, não limitou a qual tipo de ato seria possível a sua propositura, o que leva a entender que a ADPF poderá ser proposta em função de atos normativos e não-normativos, abstratos ou concretos, anterior ou posterior à Constituição.

E, o que é mais importante para os objetivos deste trabalho, o legislador quando se referiu aos *atos* do poder público não restringiu tais atos aos atos *comissivos* do poder público. Sendo assim, infere-se que, também poderá ser proposta a ADPF em função dos atos *omissos*. Sobre o tema, destaca Dirley da Cunha Júnior:

Realce-se, ademais, que o conceito de ato do poder público, para os fins da argüição, envolve também e necessariamente as omissões estatais, porquanto o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais pode verificar-se tanto por ação como por omissão. Dessa constatação, haure-se uma outra especificidade da ação de argüição, qual seja, a possibilidade de ela impugnar as ações e as omissões do poder público. Vale dizer, a Constituição logrou reunir em uma única ação um objeto que, para o caso da ação de inconstitucionalidade, aparta-se em duas ações distintas (ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação direta de inconstitucionalidade por omissão).<sup>388</sup>

Desta forma, ao lado do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o legislador possibilitou o processamento de mais uma ação constitucional com o objetivo de solucionar o problema da omissão inconstitucional que lhe for apresentado para evitar lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental.

---

<sup>386</sup> “Verifica-se que estão excluídos de sindicabilidade, pela argüição de descumprimento, os atos jurídicos não veiculados pelo Poder Público, quais sejam, os atos normativos estrangeiros e as normas de natureza privada, como regulamentos de associações, de empresa, ou mesmo as convenções coletivas de trabalho e os atos particulares, não investidos de autoridade pública. Também, devem ser excluídos os atos do poder público regidos pelo direito privado” (MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 123).

<sup>387</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 606.

<sup>388</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 606-607.

#### a) Atos Normativos Municipais

Com a promulgação da Carta de 1988, apenas os atos normativos federais e estaduais têm sido objeto de controle de constitucionalidade, como pode ser observado no art. 102, I, *a* da CF, o qual assenta que compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, o dever de processar e julgar “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* ou *estadual*”.

Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, alterou a redação do art. 102, I, *a*, adicionando ao artigo que também é competência do Supremo processar e julgar, originariamente, “a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo *federal*”.

Observa-se, assim, que a ação declaratória de inconstitucionalidade possui como objeto os atos normativos “federais e estaduais”, enquanto a ação declaratória de constitucionalidade tem como objeto apenas os atos normativos “federais”. Depreende-se, portanto, que nenhuma das duas ações diretas possui como objeto o ato normativo “municipal”, ficando este relegado, originalmente, apenas ao controle difuso de constitucionalidade.

A arguição de descumprimento, todavia, não estipulou quais atos normativos seria o seu objeto, o que nos leva a entender que configuram como objeto da ADPF os atos normativos dos quatro entes federativos, sendo exclusivo o seu objeto em relação ao ato normativo municipal. Por outro lado, de acordo com o STF, apesar de ter como objeto também os atos normativos federais e estaduais, eles só serão passíveis da ADPF quando não for o caso nem de ação direta de inconstitucionalidade nem de constitucionalidade, uma vez que prevalece o princípio da subsidiariedade – reiteramos que não é esse o nosso posicionamento.

#### b) Atos Normativos Pré-Constitucionais

Bem lembra Luís Roberto Barroso que as relações existentes entre uma nova Constituição e o direito infraconstitucional preexistente a ela regem-se por duas regras: primeiro, toda a legislação ordinária anterior, naquilo em que for compatível com a nova ordem constitucional, subsiste validamente e continua em vigor, ainda que com um novo fundamento de validade; segundo, toda a normatização infraconstitucional preexistente incompatível com a

Constituição fica automaticamente revogada<sup>389</sup>.

Ou seja, o contraste existente entre a nova Constituição e a legislação infraconstitucional anterior, para a jurisprudência tradicional do STF, se coloca no plano da vigência, e não no da validade das normas. E, se não se está no plano da validade das normas, não há como se falar em controle de constitucionalidade de normas pré-constitucionais.

Esse problema é tratado de forma diferenciada em cada sistema jurídico alienígena. Gilmar Ferreira Mendes<sup>390</sup> explica que no direito austríaco, por exemplo, a colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição vigente configura questão de direito intertemporal, não estando submetida à competência exclusiva da Corte Constitucional, podendo ser apreciada, portanto, tanto pelo Tribunal Constitucional como pelos Tribunais como uma questão preliminar.

Diferentemente, esclarece o autor que o direito alemão desenvolveu uma espécie de solução de compromisso, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto de controle abstrato de normas. O controle concreto de normas, por outro lado, restringe-se às normas pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional.

Já a Corte Constitucional italiana reconheceu a sua competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional, tendo como respaldo legal o art. 134 da Constituição e a Lei Constitucional nº 01, de 09.02.1948, uma vez que estes regulamentos cuidavam da “constitucionalidade da lei”. Já que entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, é irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional.

Por sua vez, esclarece que a Constituição Portuguesa de 1976 consagrou, expressamente, a “inconstitucionalidade superveniente” no seu art. 282, § 2º, reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

E, por último, ilustra Gilmar Mendes que o Tribunal Constitucional espanhol optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária, em relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe, em relação ao direito pós-constitucional, o monopólio da censura. Configura-se, assim, competência concorrente para apreciar a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição.

---

<sup>389</sup> BARROSO, 2009c, p. 300.

<sup>390</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001. p. 135-142.

No Brasil, por sua vez, sempre houve o entendimento de que a solução para o conflito entre normas pré-constitucionais e a nova Constituição devesse ser solucionado pelo mecanismo de direito intertemporal. Contudo, nunca faltou posicionamento em contrário a tal mecanismo, alegando grandes doutrinadores que o caso em questão seria o de inconstitucionalidade superveniente, e não de revogação.

Note-se que os defensores da “revogação” afirmavam que o fundamento de validade da norma pré-constitucional, ou seja, a Constituição antecedente, no momento em que deixasse de estar em vigor, acarretaria na perda de vigência da norma em questão, o que ensejaria não a sua inconstitucionalidade, mas a sua revogação.

Por outro lado, os defensores da inconstitucionalidade superveniente afirmam que quando a nova Constituição entra em vigor, ela muda o fundamento de validade do ordenamento jurídico, devendo todas as normas infraconstitucionais, inclusive as anteriores a ela, estarem de acordo com os seus preceitos. Se por acaso, uma norma pré-constitucional, portanto, contiver comandos que não estejam de acordo com o novo fundamento do sistema jurídico, esta norma deve ser tida como inconstitucional, e não como revogada (deve-se perceber aqui que, a dita norma pré-constitucional era considerada constitucional sob o fundamento de validade anterior, perdendo a sua constitucionalidade apenas com a superveniência de uma nova Constituição).

E neste ponto também inova a arguição de descumprimento, pois antes dela não havia no ordenamento jurídico uma ação constitucional em que se previsse expressamente a possibilidade de aferição da (in)validade de norma anterior à Constituição, o que se depreende da inteligência do art. 1º, parágrafo único, inc. II da Lei nº 9.882/99.

Apesar de o pensamento jurisprudencial continuar o mesmo, espera-se que o STF reveja tal posicionamento, levando o direito constitucional brasileiro à similaridade do direito constitucional com o de Portugal, Espanha, Itália e Alemanha, pois estes já admitem o controle concentrado de constitucionalidade do direito pré-constitucional<sup>391</sup>.

### c) Atos Normativos Referentes a Projetos de Lei e de Emendas Constitucionais

O Supremo Tribunal Federal tem inclinação tradicional em afirmar que não cabe no sistema constitucional vigente o controle abstrato *preventivo* de constitucionalidade, ou seja,

---

<sup>391</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 612.

que não cabe o controle de constitucionalidade dos projetos de lei e das emendas constitucionais quando ainda estão em face de elaboração.

Alega o Supremo que só é passível de controle abstrato as espécies normativas definitivas. Exclui o STF, deste modo, a possibilidade de um controle preventivo de constitucionalidade, restando unicamente o repressivo. Registre-se, todavia, que o Supremo tem aceitado o controle prévio incidental através do mandado de segurança impetrado por qualquer parlamentar. Elucida Dirley da Cunha Júnior que, neste caso, o STF tem admitido o cabimento do mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e a sua deliberação na segunda<sup>392</sup>.

Afirma, ainda, o Supremo, que neste caso a inconstitucionalidade já existe antes do projeto de lei ou de emenda se concretizar, pois o seu próprio processamento já desrespeita a Constituição.

A fim de mudar essa situação, a Comissão presidida por Celso Ribeiro Bastos no projeto que deu luz à Lei nº 9.882/99 previu nos seus arts. 5º, § 4º e no art. 9º a possibilidade de tal controle prévio abstrato de constitucionalidade. Previu a Comissão que, se fosse necessário para se evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, poderia o Supremo ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, e, sendo julgado procedente a argüição, poderia o STF suspender os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado.

Tais dispositivos, contudo, foram vetados pelo Presidente da República sob a justificativa de sofrerem de vício de constitucionalidade, pois propiciavam uma “intervenção excessiva da jurisdição constitucional no processo legislativo” e “em questão *interna corporis* do Poder Legislativo.

De toda sorte, concordamos com Dirley da Cunha Júnior<sup>393</sup>, que afirma que, mesmo com o veto de tais dispositivos, é possível o controle abstrato preventivo, pois, nem a Constituição em nenhuma de suas normas o proíbe e nem o art. 102, § 1º da CF coloca qualquer empecilho a isso. Ao contrário, a própria Lei nº 9.882/99 permite essa orientação, uma vez que o seu art. 1º afirma que a ADPF terá por objeto *evitar* lesão a preceito fundamental. Entendemos, desta forma, que mesmo que no projeto de lei ou de emenda constitucional possa ocorrer lesão a preceito fundamental, cabível será a argüição de descumprimento<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008c, p. 292.

<sup>393</sup> Id., 2008b, p. 618-619.

<sup>394</sup> Em sentido contrário, Daniel Sarmento, para quem: “[...] uma mudança tão drástica no sistema de controle de constitucionalidade seria até salutar, por reforçar ainda mais a supremacia da Constituição, mas não poderia ser

#### d) Atos Não-Normativos

Como visto, também elenca o rol de objetos da argüição de descumprimento os atos não normativos, e, na esteira de Roberto Mendes Mandelli Júnior<sup>395</sup>, dividir-se-á os atos não normativos em três espécies: os atos políticos, os atos realizados por particulares investidos de autoridade pública e os atos normativos secundários.

Os atos políticos são os atos praticados pelo poder público em razão de sua função meramente política, a qual tem ínsita a si a peculiaridade da discricionariedade. Ocorre que, por vezes, essa discricionariedade acaba se tornando abuso, agindo o poder público de forma diversa da permitida na carta constitucional.

O Supremo sempre se mostrou alheio a aferição desses “atos políticos”, sob a alegação de que sua manifestação poderia colocar em xeque a separação dos poderes<sup>396</sup>. É óbvio que, em certas decisões do poder público não teria como o Supremo se manifestar, em especial as atividades meramente políticas, como, p. ex., a decisão de cassação, ou não, do mandado do parlamentar; ou a concessão de indulto; ou a nomeação de Ministros de Estado etc. Por certo, nestas hipóteses, não haverá como o poder judiciário se manifestar.

Por outro lado, a atividade executiva e legislativa devem, assim como o judiciário, obedecer os requisitos mínimos de constitucionalidade impostos pela Constituição de 1988. Por conseguinte, se o ato praticado pelo poder público em função de sua atividade política estiver manifestamente contra os preceitos constitucionais, deve o Supremo aferir a sua constitucionalidade.

Em clássica lição, Ruy Barbosa há muito já ensinava que alguns atos políticos devem estar adstritos ao controle judicial:

implementada por meio de simples lei ordinária, demandando emenda constitucional” (SARMENTO, 2001, p. 97).

<sup>395</sup> MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 123-128.

<sup>396</sup> Explica Daniel Sarmiento a origem da idéia de sindicabilidade dos atos políticos, *in verbis*: “A doutrina da não-apreciação judicial dos atos políticos originou-se da jurisprudência norte-americana, refletindo sua preocupação com uma possível intervenção excessiva do Judiciário, que não é eleito, no âmbito das atribuições próprias aos outros dois poderes estatais, cuja legitimidade é haurida do voto popular. No entanto, na própria jurisprudência norte-americana, a doutrina da *political questions*, é claramente *inaplicável quando a Constituição estabelece, de forma clara e objetiva*, pressupostos para atuação dos demais poderes, e estes não são respeitados, conforme se depreende do acórdão lavrado pela Suprema Corte no *leading case Baker versus Carr*. Há hoje, inclusive, um refluxo no emprego desta teoria, desde o julgamento do caso *United States versus Nixon*, em que a Justiça norte-americana decidiu que era suscetível de controle jurisdicional a recusa do Presidente Nixon de entregar ao Ministério Público fita que continham gravações de conversas sigilosas na Casa Branca, que o comprometiam no caso Watergate” (grifo nosso) (SARMENTO, 2001, p. 98).



Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado<sup>397</sup>.

Sendo assim, indiscutível que, na hipótese de ato político que manifestamente esteja contra os preceitos fundamentais constitucionais, cabível será a ADPF. E foi justamente em relação a um ato político que foi impetrado a ADPF n. 01, proposta pelo Partido Comunista do Brasil contra ato do Prefeito do Município do Rio de Janeiro que, ao vetar parcialmente, de forma imotivada, projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal teria violado o princípio fundamental constitucional da separação dos poderes. A Suprema Corte não conheceu da ADPF sob o fundamento de que o ato político do executivo se sujeita apenas ao crivo do legislativo, que poderia ter derrubado o veto.

A melhor doutrina critica veementemente esta decisão do Supremo, pois o art. 66, § 1º da Constituição Federal assenta que o veto do chefe do poder executivo deve ser motivado, sob pena de vício no processo legislativo. Logo, entendemos que, no caso em tela, houve uma grave ofensa ao preceito fundamental do devido processo legal, e que cabível seria a ADPF.

Outro tipo de ato não-normativo que pode ser alvo de argüição de descumprimento é o ato realizado por particular investido de autoridade pública. Como visto *supra*, apenas os atos realizados pelo poder público figuram como objeto de controle de constitucionalidade pela via da ADPF, ficando, portanto, de fora deste controle os atos realizados por particular.

Contudo, a atividade realizada por particular em nome do serviço público – o que ocorre corriqueiramente com as empresas concessionárias e permissionárias de serviço público – também é objeto sindicável pela ADPF. Essa possibilidade advém da analogia com o mandado de segurança, o qual afirma no seu art. 5º, inc. LX, da CF, que pode o referido instrumento ser impetrado “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou *agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*” (grifo nosso).

Ressalta Daniel Sarmiento que num contexto como o atual, em que a tônica constitui a substituição do Estado por atores privados, por meio de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, mediante todos os meios e remédios disponíveis<sup>398</sup>, a exemplo da ADPF.

<sup>397</sup> BARBOSA [18--] apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 201.

<sup>398</sup> SARMENTO, 2001, p. 92.

Quanto à terceira hipótese de atos não-normativos, os atos normativos secundários, o Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento de que o controle de constitucionalidade só é permitido em relação aos atos normativos primários (p. ex., a lei ordinária e a lei complementar), ficando os atos normativos secundários (os decretos e os regulamentos) fora da alçada do controle de constitucionalidade.

O Pretório Excelso alega que os atos normativos secundários – próprios do Poder Executivo – não possuem seu fundamento de validade vinculado direto à Constituição (o que ocorre apenas de forma indireta), uma vez que eles estão vinculados aos atos normativos primários que lhe deram origem. Desta forma, se houver algum vício num decreto ou regulamento, deve-se aferir o vício através de um controle de *legalidade*, e não de constitucionalidade.

Os decretos e os regulamentos são atos normativos em que o poder executivo prescreve a fiel execução de uma determinada lei, devendo o administrador estar vinculado ao que estipula a lei, não podendo inovar na ordem jurídica. O vício ocorrerá justamente quando o poder executivo extrapolar os parâmetros fixados pelo próprio ato normativo primário, configurando, assim, a sua ilegalidade.

Conseqüentemente, ficaria a salvo do controle de constitucionalidade os atos do poder executivo que exorbitem do seu poder regulamentar, dos atos em que houvesse abuso de poder por parte do administrador, contrariando, assim, o Estado Democrático de Direito.

Afim de evitar esta arbitrariedade, a argüição de descumprimento surge para mudar tal entendimento. Como o ato normativo secundário também é um ato do poder público, e o *caput* do art. 1º da Lei nº 9.882/99 afirma que é objeto da ADPF *qualquer ato do poder público*, infere-se, portanto, que a partir da Lei nº 9.882/99, passou a existir uma ação própria para o controle de constitucionalidade desses atos.

#### e) Atos Jurisdicionais

A argüição de descumprimento fundamental também trouxe como objeto outra matéria que sempre fora vista como não admitida pelo Supremo: as decisões jurisdicionais.

Em regra, é sabido que as decisões jurisdicionais devem ser impugnadas pelos seus respectivos recursos previstos na legislação ordinária. O STF nunca foi afã da possibilidade de fiscalização abstrata da constitucionalidade das decisões judiciais, nem das instâncias ordinárias nem das superiores, e das súmulas de jurisprudência dos Tribunais por lhes faltar a

normatividade exigida para esse tipo de controle<sup>399</sup>.

Contudo, esse posicionamento tende a mudar com a Lei nº 9.882/99 (apesar de após quase doze anos não haver maiores diferenças), uma vez que esta prevê como objeto da ADPF todo ato do poder público que lese um preceito fundamental, e como a decisão judicial pode ser caracterizada como ato do poder público, logo, cabível a ADPF. Ressalta, sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes que:

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

[...]

Assim, uma decisão que, por exemplo, amplia o sentido de um texto normativo penal para abranger uma dada conduta é considerada inconstitucional, por afrontar ao princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* (Lei Fundamental, art. 103, II).<sup>400</sup>

Endossa Luís Roberto Barroso que em casos gravíssimos de erro *in procedendo* e *in judicando*, com ameaça ou lesão a preceito fundamental e havendo relevância na controvérsia constitucional, não sendo possível produzir o resultado constitucionalmente adequado pelos mecanismos do processo subjetivo, será possível cogitar do cabimento da ADPF.

Ressalva Dirley da Cunha Júnior, entretanto, que a argüição somente alcança os atos judiciais que ainda não foram imunizados pela coisa julgada.

#### f) Interpretação ou Aplicação de Regimento Interno do Poder Legislativo

Assim como em relação às decisões judiciais, o Supremo tem rejeitado as ações referentes a desrespeito a regimento interno do poder legislativo em virtude desta ser um ato *interna corporis* deste poder.

A fim de mudar esta situação, previu o projeto da ADPF no art. 1º, parágrafo único, inc. II que tal mecanismo seria cabível “em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição”.

Todavia, este dispositivo também foi vetado pelo então Presidente da República sob o fundamento da própria jurisprudência do STF que entende que os atos “*interna corporis*”

<sup>399</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 609-610.

<sup>400</sup> MENDES, 2001, p. 144-145.

não são objetos passíveis de controle pelo Supremo.

A melhor doutrina, por outro lado, entende pela possibilidade de controle pelo Supremo decorrente da interpretação ou aplicação do regimento interno do poder legislativo pela via da ADPF. Nesse sentido, exalta Dirley da Cunha Júnior:

[...] em que pese o mencionado veto, estamos absolutamente convencidos – com supedâneo tão-somente no § 1º do art. 102 da Constituição Federal – de que a argüição pode ser manejada para o fim de proteger a higidez do processo legislativo constitucional, cujas normas manifestam-se como autênticos preceitos fundamentais vocacionados à tutela da regularidade formal das leis em geral, de magna importância para o equilíbrio e a segurança do sistema jurídico.<sup>401</sup>

Ademais, não podemos esquecer que os próprios regimentos internos não deixam de ser *atos do poder público*, não havendo, portanto, como ter entendimento diverso. Sendo assim, também entendemos pelo cabimento da ADPF em relação a interpretação ou aplicação do regimento interno que lese ou ameace lesar preceito fundamental.

#### 6.6.5 Efeitos da decisão

Inicialmente, vale observar que os requisitos necessários para instalação da sessão e do julgamento são os mesmos referentes à medida liminar visto *supra*: quorum de dois terços no que se refere à instalação da sessão (art. 8º, Lei nº 9.882/99) e quorum de maioria absoluta para a sessão de julgamento (art. 97 da CF)

Em verdade, o projeto que deu origem à Lei nº 9.882/99 previa no § 1º do art. 8º como requisito para a sessão de decisão o pronunciamento de pelo menos dois terços dos Ministros. Contudo, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República sob o fundamento de que tal quorum seria superior ao necessário para a ação direta de inconstitucionalidade, o que reduziria, assim, a eficácia do instrumento. O que, dessa vez, concordamos. Se o objetivo da argüição de descumprimento é dar uma maior eficácia aos preceitos constitucionais fundamentais, é necessário que o seu processamento também seja eficaz, ou de nada adiantaria a existência em tese do instrumento.

Passados esses requisitos, a própria Lei nº 9.882/99 ensina sobre a continuação do processo. O art. 10 afirma que da decisão do juiz, procedente ou não, deverá ser feita a comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados do seu resultado, fi-

<sup>401</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 621.

xando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental que foi violado ou que se teve por ameaçado. Ressalta Dirley da Cunha Júnior que a decisão em sede de ADPF terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante<sup>402</sup> relativamente aos demais órgãos do poder público: “Vale dizer, por submeter-se à disciplina do processo objetivo, a arguição desafia decisão *erga omnes*, alcançando a todos, envolvidos ou não no processo constitucional, operando efeitos retroativamente e causando, em regra, a nulidade dos atos impugnados [...]”<sup>403</sup>.

Esclarece ainda o autor que, quando a decisão incidir sobre os atos normativos ou sobre as omissões normativas parciais, em decorrência de sua natureza declaratória, a decisão poderá ensejar a nulidade dos atos impugnados, sendo aplicável, portanto, no processo objetivo da arguição as técnicas da interpretação conforme a Constituição, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e do apelo do legislador<sup>404</sup>.

Explana Roberto Mendes Mandelli Junior que a eficácia *erga omnes* confere à decisão uma força obrigatória geral, determinando, por meio de um efeito negativo cassatório do ato declarado inconstitucional (ou descumpridor de preceito constitucional fundamental), a sua não aplicação pelos tribunais e pelos órgãos e agentes do poder político do Estado<sup>405</sup>. Acrescentamos que, se a questão for referente a omissão total inconstitucional, a decisão poderá ter efeito positivo, determinando que o ato ora não realizado seja cumprido de acordo de acordo com o preceito fundamental que lhe dá substrato.

Por seu turno, Walter Claudius Rothenburg elucida que a vinculação pode se dar através da estipulação das condições e do modo de interpretação e aplicação corretos em relação a determinado preceito fundamental. *In literis*: “[...] estabelecida a interpretação adequada do preceito constitucional fundamental, a atividade legislativa há de pautar-se por essa interpretação, autorizando, em caso contrário, inclusive a obstrução liminar do próprio processo

---

<sup>402</sup> Frederico Barbosa Gomes ressalva que a distinção entre “efeito vinculante” e “efeito *erga omnes*” não é pacífica na doutrina, *in verbis*: “De um lado, existe a posição defendida pelo então Ministro Néri da Silveira, para quem não haveria diferença essencial entre ambos os efeitos. Para ele, o que diferiria um do outro seriam apenas as conseqüências decorrentes do descumprimento de decisão acobertada por um e por outro. Assim, enquanto que o desrespeito de decisão do Supremo Tribunal acobertada pelo efeito *erga omnes* seria corrigível por meio de recurso próprio, caso ela fosse recoberta pelo efeito vinculante, além disso, caberia, ainda, a reclamação, para que a Excelsa Corte mantivesse a autoridade de suas decisões (art. 102, I, 1). [...] De outro lado, existe a posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes. Dada a sua grande familiaridade com o direito germânico, ele entende que os dois efeitos, apesar da proximidade, são distintos. Isso porque, no seu entender, o efeito vinculante não diria respeito apenas à parte dispositiva da decisão, mas, ao revés, seria mais amplo, alcançando inclusive os motivos determinantes da decisão, obrigando todos os demais Poderes a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição” (GOMES, 2008, p. 442).

<sup>403</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 622.

<sup>404</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 622.

<sup>405</sup> MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 172.

legislativo<sup>406</sup>.

Ainda com relação aos efeitos da decisão, a ADPF possui efeito retroativo, assim como a tradição do controle de constitucionalidade brasileiro. Contudo, também faz parte da tradição brasileira a possibilidade de modulação desses efeitos, e não foi diferente com a ADPF. De acordo com o art. 11 da Lei nº 9.882/99, a ADPF poderá ter efeito *ex nunc*, produzindo efeito ou a partir do seu trânsito em julgado ou a partir de momento posterior mais adequado escolhido pelo Supremo. Mas para que tal modulação possa ocorrer deve-se garantir dois requisitos: que a decisão seja tomada por dois terços de Ministros do STF e que existam razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para que a modulação ocorra.

Frederico Barbosa Gomes critica a possibilidade da modulação temporal, pois alega que isso abriria uma enorme porta à insegurança e à possibilidade de ofensa a direitos e garantias fundamentais. Concordamos com a preocupação do autor. Não é razoável admitir a possibilidade do Supremo entender que determinado ato tenha violado preceito fundamental e que o próprio STF module os seus efeitos para o futuro. Seria o caso, por exemplo, do Supremo decidir que o ato X tenha violado preceito fundamental, mas que a sua impugnação iria se dar apenas após dois meses da data da decisão. Isso permitiria dizer que o ato que violou preceito fundamental, e que o próprio Supremo decidiu nesse sentido, seria tido como “constitucional” por dois meses. Isso é um absurdo.

Concordamos plenamente na possibilidade do efeito ser *ex nunc*, mas não na modulação temporal. Em verdade, em determinados casos é necessário que não haja a retroatividade, pois a retroatividade em si poderia gerar inconstitucionalidades. Roberto Mendes Mandelli Junior ilustra decisões do STF em que há temperamentos na aplicação do efeito *ex tunc*:

a) não invalidação de atos praticados por funcionário investido em cargo público, por força de lei inconstitucional (funcionário de fato), quando inexistir prejuízo, a fim de proteger a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros; b) proteção da coisa julgada, estabelecida como direito fundamental no art. 5º, XXXVI, da CF, não afetando a norma concreta da sentença ou acórdão (a decisão com trânsito em julgado faz lei entre as partes), pois consiste em limite à retroatividade da lei e à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, salvo as sentenças penais com base em norma penal desfavorável (art. 5º, XL, da CF)<sup>407</sup>.

Resta destacar que, em decorrência dos §§ 1º e 2º do art. 10 e da celeridade necessária para o instrumento processual, deve o Presidente do Tribunal determinar o imediato cumprimento da decisão, independentemente da lavratura do acórdão e de sua publicação, o qual ocorrerá dentro de um prazo de dez dias – apenas de sua parte dispositiva – após o trânsito em

<sup>406</sup> ROTHENBURG, 2001, p. 228.

<sup>407</sup> MANDELLI JUNIOR, 2003, p. 181-182.

julgado da decisão em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

Ainda, de acordo com o art. 12 da Lei nº 9.882/99, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória. Ademais, em caso de descumprimento da decisão da arguição de descumprimento, cabe reclamação diretamente interposta ao Supremo para garantir a sua efetividade.

## 6.7 ARGÜIÇÃO INCIDENTAL

Apesar de termos enfrentado alguns temas quanto a arguição incidental anteriormente, analisar-se-á alguns pontos que não podem deixar de ser considerados em virtude de sua relevância.

Como visto, a arguição incidental é um controle concreto de constitucionalidade que surge no decurso de um processo subjetivo, ou seja, para a existência da arguição incidental, mister a existência de um processo subjetivo anterior a ela.

A arguição incidental é proveniente da inteligência do inc. I, parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 9.882/99. Estabelece o dispositivo que a arguição de descumprimento também será cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

O art. 1º da Lei da ADPF prevê duas modalidades de arguição de descumprimento. Podemos perceber que o *caput* deste artigo trata de uma espécie de ADPF, enquanto o inc. I do parágrafo único trata sobre outra modalidade. Não há como se admitir que ambos os dispositivos tratem do mesmo instituto, “porque isso equivaleria a tornar o parágrafo único totalmente inútil”<sup>408</sup>.

Desta forma, a previsão do inc. I do parágrafo único é uma modalidade independente da prevista no *caput*, sendo conhecida como arguição incidental. Contudo, apesar do dispositivo prever que é necessário apenas o “relevante fundamento da controvérsia constitucional” (ver *supra*), é consenso na doutrina a existência do descumprimento de um preceito fundamental, já que tal requisito é previsto na Constituição, e não na lei.

Frederico Barbosa Gomes afirma que a adoção da via incidente teve por escopo ser

---

<sup>408</sup> TAVARES, André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. In: ROTHEMBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99 (Org.)**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 63.

uma tentativa de, no menor espaço de tempo possível, fazer chegar ao Supremo uma questão constitucional relevante que, pela via difusa, demoraria anos para ser alçada ao Pretório Excelso, o que possibilitaria decisões discrepantes e a cristalização de situações subjetivas que pudessem estar em confronto com a posição adotada posteriormente pelo STF<sup>409</sup>.

Ajuizada a argüição incidental, “operar-se-á uma verdadeira ‘cisão’ entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao Tribunal, para sua exclusiva apreciação, tão somente a primeira delas [...]”<sup>410</sup>. Em outras palavras, o Supremo apenas se manifesta no tocante a questão constitucional, restando à instância ordinária se manifestar em relação aos demais quesitos discutidos no processo.

E é essa pequena particularidade que difere a ADPF incidental da avocatória, como relatado páginas acima. Na argüição incidental, o Tribunal não julga o caso concreto que originou o debate constitucional, mas tão-somente a *questão constitucional* apresentada ao caso, ficando a cargo da instância ordinária, seguindo a orientação constitucional determinada pelo Pretório Excelso, solucionar o caso apresentado ao juiz natural.

Dirley da Cunha Júnior assevera que pode-se perceber uma semelhança entre a argüição incidental e o incidente de inconstitucionalidade que ocorre perante os tribunais em sede de controle difuso de constitucionalidade, segundo o qual o órgão fracionário do Tribunal, a que tocar o conhecimento do processo, se acolhida a argüição de inconstitucionalidade, submete a questão constitucional ao plenário do Tribunal, a fim de que possa julgá-la.

Esclarece o autor que a diferença fundamental entre ambos reside na circunstância de que, distintamente do que se verifica no incidente de inconstitucionalidade, a decisão proferida na argüição incidental vinculará não somente o julgamento do caso concreto que a ensejou, mas também a todos os outros sob os quais pende de solução a mesma questão, em face do que prescreve a regra do art. 10 e § 3º da Lei nº 9.882/99.

Devemos considerar, contudo, que apesar das grandes vantagens trazidas pela argüição incidental, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da Adin 2.231-8, tem questionado a constitucionalidade da argüição incidental insculpida no inc. I, parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 9.882/99.

Quanto à legitimidade, como visto, a argüição incidental tem a particularidade de ser proveniente de um processo subjetivo já em curso, enquanto a argüição autônoma faz nascer uma nova relação processual. Não há, portanto, como haver coincidência entre os legitimados das duas modalidades de argüição em virtude de suas naturezas. Enquanto a ADPF autônoma é um processo objetivo, em que os seus legitimados devem ser os mesmos da Adin genérica, a

---

<sup>409</sup> GOMES, 2008, p. 361.

<sup>410</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 626.



ADPF incidental surge no bojo de um processo subjetivo, o que inviabilizaria tal identidade.

Como a argüição incidental surge no bojo de um processo em curso, em que qualquer cidadão pode utilizar do seu direito de ação para mover a máquina jurisdicional, infere-se que na argüição incidental qualquer pessoa pode ajuizar esta modalidade<sup>411</sup>. E era justamente isso que previa o inc. II, do art. 2º, do projeto que deu margem à Lei nº 9.882/99, o qual previa como legitimado para o seu ajuizamento: “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”.

Contudo, como relatado anteriormente, infelizmente este dispositivo foi vetado pelo então Presidente da República. Não concordamos com tal posicionamento, e assim também se manifesta a melhor doutrina, mas como viabilizar, então, a argüição incidental sem tal dispositivo legal? Dirley da Cunha Júnior propõe uma solução:

Propõe-se uma interpretação conforme a Constituição – cujas normas não proíbem a legitimidade do cidadão, antes a estimulam –, do inciso I do art. 2º e de todo o art. 1º, da Lei 9.882/99, para circunscrever os legitimados arrolados no primeiro dos dispositivos à argüição direta ou autônoma prevista no *caput* do art. 1º, e admitir a legitimidade das partes envolvidas na controvérsia judicial da qual fala o inciso I, parágrafo único, do art. 1º, para a argüição incidental, que surgiu exatamente em decorrência desta controvérsia. *Só assim, então, estaríamos compatibilizando as mencionadas disposições legais com a vontade constituinte de potencializar um instituto em defesa dos direitos fundamentais e abrir a tão enclausurada jurisdição constitucional concentrada ao acesso direto do cidadão*, como ocorre em muitos países do além-mar, a exemplo da Espanha, Alemanha e Itália<sup>412</sup> (grifo nosso).

Sendo assim, a fim de que se compatibilize os preceitos constitucionais com a vontade constitucional e sob o fundamento da sociedade aberta proposta por Häberle e da legitimidade do direito habermasiano mister que em defesa dos direitos fundamentais e da preservação dos preceitos fundamentais da Constituição de 1988 possa o cidadão mover a citada ação.

Mas não é esse o posicionamento que vem tendo o Supremo quanto ao caso, o qual continua impedindo a participação do indivíduo no que toca ao controle de constitucionalidade. Esperamos que o Supremo mude o seu posicionamento para que, em nome de um direito mais moderno e mais democrático, possa o cidadão ter sua participação permitida.

Quanto à legitimidade passiva, lembre-se que não há *partes* no que se refere ao controle de constitucionalidade, uma vez que se procura a defesa da Constituição em si. Sendo

---

<sup>411</sup> Ressalta André Ramos Tavares que, apesar dos legitimados para a argüição incidental serem os mesmos para o recurso extraordinário, e apesar das similaridades, eles são mecanismos distintos um do outro: “A distinção reside exatamente na possibilidade de impugnação imediata para o Supremo Tribunal Federal, presente na argüição de uma parte e, de outra, na necessária superação das várias instâncias judiciais, exigível apenas no caso do recurso extraordinário. Ademais, a argüição só será cabível para a tutela dos preceitos fundamentais da Constituição” (TAVARES, 2001, p. 66).

<sup>412</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 631.

assim, é tecnicamente incorreto falar em legitimidade passiva.

Já quanto ao objeto, não há dúvidas de que, como toda argüição de descumprimento, a ADPF incidental terá como objeto a defesa de preceitos fundamentais constitucionais “quando houver controvérsia sobre lei ou ato normativo do poder público” (inc. I, parágrafo único, art. 1º, Lei 9.882/99).

André Ramos Tavares ressalta que o legislador, de acordo com este dispositivo, optou deliberadamente por conferir-lhe alcance mais restrito, atendendo o instituto à sindicabilidade das leis ou atos normativos, da órbita federal, estadual ou municipal (incluindo os anteriores à Constituição)<sup>413</sup>.

À esteira de Dirley da Cunha Júnior, não concordamos com o ensinamento de André Ramos Tavares. Entendemos que o dispositivo em tela deva ser interpretado conjuntamente com o art. 1º, *caput* da Lei nº 9.882/99, tendo o legislador apenas optado por utilizar de uma “fórmula explicativa” no que tange ao inc. I, parágrafo único, art. 1º, Lei nº 9.882/99, razão pela qual se impõe afastar qualquer interpretação que almeje restringir os atos passíveis de aferição de constitucionalidade pela argüição incidental<sup>414</sup>.

## 6.8 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A ADPF

Pode-se inferir deste trabalho que o maior objetivo da doutrina e da jurisprudência é tornar efetivas as normas constitucionais em nossa Carta Magna, é transformar em “eficácia plena” todas as outras normas que não possuem essa característica intrínseca em si, em especial, as normas de eficácia limitada.

Foi visto mais acima alguns instrumentos que possibilitem esse tipo de efetividade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Ambos têm o escopo de suprir a lacuna legislativa, proporcionando ao cidadão a possibilidade de usufruir do seu direito fundamental; enquanto aquele utiliza do controle concentrado, este é palco do controle difuso, mas ambos com a mesma finalidade, combater a omissão inconstitucional.

A omissão inconstitucional, objeto de tais instrumentos, poderá ser total ou parcial, normativa ou não normativa, mas sempre em função da falta de ação do Poder Público. Agora, quando essa omissão inconstitucional for proveniente de ato do poder público que lese ou ameace preceito fundamental, cabível será a argüição de descumprimento.

<sup>413</sup> TAVARES, 2001, p. 73.

<sup>414</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008b, p. 633.

Sendo assim, a Constituição de 1988 trouxe também como ferramenta para o controle das omissões inconstitucionais a ADPF ao lado do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A grande dúvida reside justamente em um dos princípios norteadores da ADPF: o princípio da subsidiariedade. Se a argüição de descumprimento, de acordo com o princípio em tela, só é cabível se não houver outro meio idôneo para fazê-lo, em que momento seria possível o ajuizamento da ADPF referente a essa matéria?

Esse é exatamente um ponto de grande discussão da doutrina, principalmente após a ADPF n. 04<sup>415</sup>, *supra*. Esta ADPF foi ajuizada pelo PDT em que se alegava que a MP n° 2.019/2000, que fixou o valor do salário mínimo em cento e cinquenta e um reais, violava o preceito fundamental previsto no inc. IV, do art. 7º, da Constituição Federal. Ocorre que o dispositivo em questão é uma norma de eficácia limitada, necessitando de regulamentação, mas, apesar de haver a sua normatização, ela estava aquém da real necessidade social. Não houve dúvidas entre os Ministros de que se tratava de uma omissão parcial inconstitucional, a dúvida era se a ADPF era cabível ou se a ação mais adequada seria a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Dos onze Ministros do Supremo, cinco votaram contra o cabimento da ADPF (Octávio Gallotti, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Sydney Sanches e Moreira Alves), enquanto outros cinco entenderam que a outra medida judicial existente – a ADO – não seria um instrumento eficaz para sanar a lesividade da omissão, não se aplicando, assim, o princípio da subsidiariedade. Desta forma, além destes, o Ministro Néri da Silveira pôs fim ao empate, conhecendo da ADPF e reconhecendo, assim, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não é um meio eficaz para solucionar uma omissão referente a preceito fundamental.

Sendo assim, seguindo o ensinamento de Dirley da Cunha Júnior, entendemos que a ADPF, na sua modalidade autônoma, será sempre cabível contra as omissões do poder público em adotar as medidas necessárias a tornar efetivo preceito constitucional fundamental, sejam estas medidas de responsabilidade do legislador, sejam de responsabilidade dos órgãos ou agentes da administração pública<sup>416</sup>, não sendo aplicável, assim, a regra do princípio da subsidiariedade.

Já a modalidade incidental será possível quando não existir outro meio eficaz para sanar a lesão decorrente da omissão, salvo se a questão constitucional for de interesse geral,

---

<sup>415</sup> Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 17.04.2002, DJU de 24.04.2002.

<sup>416</sup> Por outro lado, Daniel Sarmiento afirma que a ADPF será cabível “em qualquer caso de inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, em que o dispositivo constitucional possa ser considerado, por sua relevância, como direito fundamental, e a omissão não recaia sobre órgão administrativo [...]”. (grifo nosso) (SARMENTO, 2001, p. 102). Entendemos de forma diversa. Quando a omissão for referente a omissão de órgão administrativo de quaisquer dos Poderes, deverá o STF determinar que a omissão seja suprida no prazo de 30 dias, utilizando, analogicamente, o previsto no art. 103, § 2º, *in fine*, da Constituição Federal.

hipótese em que a subsidiariedade fica afastada.

Outra discussão que surge no que toca a omissão inconstitucional e a ADPF é referente ao conteúdo e efeitos da sua decisão. Daniel Sarmento entende que o STF não deve substituir-se ao legislador, editando comando geral e abstrato, pois isso seria incompatível com a separação de poderes. Sugere o autor, então, como possibilidade para solução do questionamento que o Supremo fixe prazo para os órgãos competentes elaborarem a norma em conformidade com a Constituição, e, apenas após findo esse prazo sem que a norma tenha sido editada, poderia, provisoriamente, o Supremo suprir a lacuna, valendo-se de qualquer meio de integração previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Concordamos com o autor. A fim de que se não coloque dúvida quanto a separação dos poderes, mister conferir-se um prazo para que o legislador supra a omissão – Dirley da Cunha Júnior propõe que esse prazo seja no máximo de 100 dias, por aplicação analógica dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 64 da Constituição Federal – para, apenas após o término do prazo, transferir-se tal responsabilidade, provisoriamente, ao Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, esperamos que a ADPF seja utilizada como um meio de modificação da jurisprudência atual, defendendo e garantindo o respeito aos preceitos mais caros à Constituição brasileira. Devendo, também, combater de forma eficaz e verdadeira as omissões inconstitucionais quando estas estejam ferindo preceitos fundamentais.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separam a chegada da família real e o vigésimo aniversário da Constituição de 1988, passou-se uma eternidade” (BARROSO, 2009).

Como observado no desenvolvimento da pesquisa, o novo modelo constitucional provocou uma profunda revolução no direito contemporâneo, o que possibilitou a promoção do reconhecimento da força normativa da constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da ascensão do papel do intérprete na atividade interpretativa.

Essa nova forma de “ver” o Direito, intimamente ligada à evolução dos direitos fundamentais, permitiu o surgimento de novos meios para solucionar a problemática da omissão inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

No momento em que o novo desenho constitucional exige o retorno dos princípios para as cartas constitucionais, opera-se uma grande onda de quebra de paradigmas na interpretação constitucional. Novos e importantes princípios passam a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, e, dentre eles, o princípio da máxima efetividade constitucional e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais ganham lugar de destaque. Da mesma forma, o intérprete passa a ter uma função mais ativa na criação do direito, uma vez que passa a ponderar os interesses/princípios no caso concreto para dar uma solução mais adequada ao caso apresentado.

Desta forma, pode (deve) o intérprete utilizar destes princípios – e outros explorados no decorrer deste trabalho – para dar uma solução mais adequada à realidade constitucional no que tange às omissões legislativas. A velha e infrutífera atitude do intérprete-julgador de apenas dar ciência ao órgão omissor acerca da leniência legislativa em nada traz em benefício para a sociedade. Propomos, e endossamos, que o intérprete-julgador tenha uma atitude mais criativa e que dê uma resposta satisfatória ao caso que lhe é apresentado, solucionando a omissão no caso concreto, consolidando a vontade constitucional. Desta maneira, em muito nos aproximariamos das sentenças aditivas italiana e do modelo alemão.

Além desta possibilidade de solução da omissão inconstitucional, o próprio sistema constitucional brasileiro traz outros instrumentos, mas, apesar de existirem para resolver a

omissão inconstitucional, ainda hoje não são utilizados em toda sua potencialidade. Motivo pelo qual fizemos uma releitura dos mesmos.

Defendemos, assim, que a interpretação de tais instrumentos seja feita para o solucionamento do caso apresentando, mesmo que, para isso, seja necessária uma postura criativa do Judiciário *indicando* o direito no caso concreto.

Vale ressaltar novamente que essa postura vanguardista do Judiciário em nada colide com o princípio da separação dos poderes, pois é dever do juiz dar uma resposta satisfatória àquele que move a máquina pública; e defender uma postura negativa do juiz não satisfaz à atividade típica dos juízes e tribunais.

Uma das formas de composição da omissão inconstitucional pode ser encontrada no controle difuso de constitucionalidade. Nesta, através das diversas ações possíveis no sistema jurídico brasileiro, ambas as partes no processo podem, de forma incidental, solicitar a manifestação do juiz ou tribunal acerca da constitucionalidade da norma em questão. Como o objeto principal do controle difuso não é a (in)constitucionalidade da norma, não nos atemos diretamente neste modelo, apesar de acreditarmos que a forma incidental também pode ser utilizada como grande aliada no controle de constitucionalidade.

Na hipótese do mandado de injunção, esperamos que o Supremo Tribunal Federal continue com sua nova orientação jurisprudencial, resolvendo eficazmente as lides que lhe são apresentadas, e não apenas dando ciência ao órgão omissor, como ocorria em tempos pretéritos. Infelizmente, não nos parece que será essa a postura a ser adotada.

Da mesma forma, apesar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ter o condão de defender o direito objetivo, e, por isso, sua estipulação constitucional mencionar tão-somente a devida ciência do órgão omissor, posicionamo-nos a favor de uma atitude mais criativa do intérprete-julgador, criando uma lei que satisfaça a pretensão constitucional enquanto o legislador não a faz ou que estipule um prazo para que o Congresso a faça, sob pena de criá-la até a sua manifestação.

Por sua vez, a arguição por descumprimento de preceito fundamental continua a se desenvolver. E, em conta disso, esperamos que o Supremo reveja o entendimento quanto à subsidiariedade da arguição autônoma. Quanto à hipótese, defendemos que, mesmo quando houver a possibilidade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, se houver descumprimento de preceito fundamental, deve a ADPF ser admitida. Já quanto à arguição incidental, preservamos o entendimento da possibilidade de propositura de qualquer cidadão impetrar a citada ação, diversamente do entendimento do STF.

Contudo, não podemos esquecer que tais instrumentos devem ser lidos de acordo

com as novas tendências hermenêuticas desenvolvidas na pesquisa. Desta forma, a participação ativa do cidadão no processo de controle de constitucionalidade deve ser defendida, uma vez que a interpretação constitucional deva ser feita “pela” e “para” uma sociedade aberta.

Afinal, se o cidadão, principal ator na construção do direito, é alijado deste processo, tido como incapaz de discutir questões tão complexas como as que envolvem matérias constitucionais, como criar uma sociedade participativa, inclusiva, plural, e, sobretudo, democrática?<sup>417</sup> Em conta disto, filiamo-nos à ampliação dos legitimados no controle concreto de constitucionalidade para que alcance a figura do cidadão, pois apenas assim os ensinamentos de Häberle e Habermas poderiam ser aproveitados em sua integralidade.

Ao lado da emergência do cidadão no debate das questões constitucionais, devemos lembrar que de suma importância é a argumentação jurídica e a ponderação de interesses no mundo hodierno, em virtude da impossibilidade dos regramentos legais conseguirem prever todas as lides que podem surgir no direito pós-moderno.

Entendemos, deste modo, que o modelo do Estado Democrático de Direito não condiz com uma postura simplória de espera indefinida pela atuação do legislativo. Daí a importância que vem ganhando o Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, pois, a missão institucional que constitucionalmente está destinada ao Pretório Excelso é a de um tribunal comprometido com os direitos fundamentais, não importando como, para que, para quem, ou em que extensão esteja exercendo sua atividade jurisdicional. Neste sentido, é missão da Corte Suprema Brasileira, por expressa determinação da própria Constituição de 1988, sempre deve ter como norte a implementação de práticas, públicas ou privadas, que realizem direitos fundamentais<sup>418</sup>.

Percebe-se, assim, que a jurisdição constitucional brasileira tem desenvolvido, gradualmente, diferentes técnicas de decisão. Se em primeiro momento o STF limitou-se, ao reconhecer a omissão, a emitir determinadas orientações ao legislador, posteriormente foram empregadas técnicas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas. O que esperamos é apenas que essas técnicas não sejam utilizadas esporadicamente, mas que sejam uma rotina no Judiciário<sup>419</sup>.

Almejamos, assim, que este pequeno ensaio tenha contribuído para o desenvolvimento do combate às omissões inconstitucionais no sistema jurídico brasileiro. Nunca foi a

---

<sup>417</sup> GOMES, 2008, p. 466.

<sup>418</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

<sup>419</sup> MENDES, 2008, p. 20.

intenção deste trabalho pôr fim a esta discussão, mas sim proporcionar novas formas de solução e fazer uma releitura dos atuais mecanismos de combate à omissão de acordo com o Estado Democrático de Direito e com as novas tendências hermenêuticas. Desta maneira, cumpre à comunidade jurídica refletir sobre essas aporias e procurar, de forma dialógica, estruturas e mecanismos que possam tornar as normas mais efetivas, para que a Constituição brasileira possa cumprir a promessa de construção de um verdadeiro Estado Social Democrático de Direito<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> AGRA, Walber de Moura Agra. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.) **Teoria do Direito Neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Editora Método, 2008. p. 446.



## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos, e outros fundamentos éticos do direito positivo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGRA, Walber de Moura Agra. Neoconstitucionalismo e a superação do positivismo. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 431-446.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rev. e Introdução à Edição Brasileiro de Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. **Moral, direito e política**: sobre a teoria do discurso de Habermas. Disponível em [http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicacoes/araujo/Teoria\\_Discurso\\_Habermas.pdf](http://www.pgfil.uerj.br/pdf/publicacoes/araujo/Teoria_Discurso_Habermas.pdf). Acesso em: 04 dez. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217-316.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales, SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática consti-

tucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009c.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 273.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145-164.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 334.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no Brasil**. Ilhéus: Editus, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOLZAN, Jose. **Habermas**: razão e racionalização. Ijuí: Unijui, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2011.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 6.543, de 24 de janeiro de 2006**. Disponível em:< [www.direito.processual.org.br/dados/File/.../PL% 206543%20de%202006.doc](http://www.direito.processual.org.br/dados/File/.../PL%206543%20de%202006.doc)>. Acesso em: 02 mar. 2011.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In. NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

COELHO, Inocêncio Martins. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 158, jan./mar. 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008b.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008c.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DESCARTES, René. **Discurso do método e regras para a direção do espírito**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FETZER, Néli Luiza Cavalieri (Org.). **Lições de argumentação jurídica: da teoria à prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Tendências do pensamento jurídico contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLHONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Frederico Barbosa. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 13 fev. 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento e interesse: com um novo posfácio**. Tradução José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como ideologia.** Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: KONRAD, Hesse. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Tradução Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

\_\_\_\_\_. A força normativa da Constituição. In: KONRAD, Hesse. **Temas fundamentais do direito constitucional.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Justiça, validade e eficácia das normas jurídicas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_24/artigos/Art\\_Carlos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_24/artigos/Art_Carlos.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2011.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MACIEL, Omar Serva. A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democracia do processo constitucional. **Revista da AGU**, Brasília, ano 4, n. 26, mar. 2004.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental:** instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Mando de injunção. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto. In: ROTHENBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental:** análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional no Brasil:** o problema da omissão legislativa inconstitucional. 2008. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/9574983/Controle-de-Constitucionalidade-Gilmar-Mendes-Clique-aqui>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2. p. 518.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei nº 9.882/99: Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: ROTHEMBURG, Walter Claudius, TAVARES, André Ramos (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99 São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-37.

MOTA, Myriam Becho, BRAICK, Patrícia Ramos. **História**: das cavernas ao terceiro milênio. São Paulo: Moderna, 1997.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOVELLINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

ORLANDI, E. P. Maio de 1968: os silêncios da memória. In: ACHARD, Pierre et al. **Papel da memória**. Tradução José H. Nunes. Campinas: Pontes, 1999.

PASSOS, Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (Constituição e Processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análise à luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 111-112.

\_\_\_\_\_. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 201.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** 2004. Disponível em: <[www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br)> Acesso em: 30 nov. 2009.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 85-108.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 56.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SMITH, Adams. **The nature and causes of the wealth of nations (The Works of Adam Smith)**. Londres: [s.n], 1811. p. 42. v. IV.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Juspodivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempo pós-modernos. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade do juiz”**. [200-]. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Lenio\\_Luiz\\_Streck\\_hermeneutica.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei. In: ROTHEMBURG, Walter Claudius; TAVARES, André Ramos. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882/99 (Org.). São Paulo: Atlas, 2001. p. 38-76.

WALD, Arnaldo. O novo Supremo Tribunal Federal. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

XAVIER, Marina Corrêa. As sentenças aditivas no Tribunal Constitucional Italiano. In: CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales; SILVA, Christine Oliveira Peter. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes.



Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 303-316.

ZAGRE, Robson. **Teoria da argumentação jurídica**: análise e crítica a caso concreto: princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [200-]. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson\\_zagre.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/robson_zagre.pdf)>. Acesso em: 13 fev. 2011.